



UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
CARRERA DE DERECHO

**Incumplimiento de la promesa de compraventa, efectos
jurídicos y la normativa vigente en la legislación ecuatoriana**

Tesis Previa a la Obtención del Título de:
ABOGADO

AUTOR: Ansha Ramírez Ricardo Augusto
E-mail: agusto_acar@hotmail.com

TUTOR: Dr. García S. Hernán. MSc.

Febrero, 2014
Quito

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico con todo mi amor y cariño.

A ti DIOS, por brindarme la capacidad de entendimiento y darme la oportunidad de alcanzar esta meta tan anhelada.

A mis padres AUGUSTO y GLADYS, quienes desde mis primeros días de vida me enseñaron a luchar para alcanzar todas las metas que me proponga, ya que sin su apoyo y educación no sería quien soy, hoy en día. Gracias Papá y Mamá por darme una carrera para mi futuro y por creer en mí, aunque hemos pasado momentos difíciles siempre han estado apoyándome y brindándome todo su amor, siendo mi espejo y fortaleza para culminar mi meta.

A mis hermanos ROCÍO, NOEMÍ, FERNANDO y JOSÉ LUIS, quienes me han ayudado a seguir adelante en los distintos procesos de mi vida personal, familiar y profesional.

A mis compañeros de la Universidad por su ayuda incondicional y desinteresada en mi vida estudiantil y profesional.

En fin, dedico este trabajo a quienes han estado conmigo a lo largo de todo este camino, desde el momento en que decidí seguir esta carrera hasta culminar con la elaboración de esta tesis, y seguramente mucho después de esto.

AGRADECIMIENTO

En especial quiero darle mis más sinceros agradecimientos a DIOS, por la vida que me ha dado y guiar cada uno de los pasos, dándome la fortaleza para continuar adelante a pesar de las adversidades.

A mis padres, Augusto Ansha Lema y Gladys Ramírez Laime por el apoyo incondicional que me dieron a lo largo de mi carrera.

A la prestigiosa Universidad Central del Ecuador, y a sus docentes, quienes con su ayuda y conocimiento, colaboraron en mi formación profesional con principios y valores.

A mi director de este trabajo de titulación, el Dr. Hernán García Suasnavas, por su apoyo, paciencia, dedicación y generosidad, quien con su valioso conocimiento y entrega desinteresada me ayudo a terminar este trabajo.

Y a todas aquellas personas que de una u otra forma colaboraron o participaron en la realización de esta investigación, hago extensivo mi más sincero agradecimiento.

Gracias por todo...

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Quito, 28 de febrero de 2014

Yo, **ANSHA RAMÍREZ RICARDO AUGUSTO**, en calidad de autor de la investigación. Con cédula de ciudadanía N° **1722363353**, libre y voluntariamente DECLARO, que el trabajo de Grado titulado: **“INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA, EFECTOS JURÍDICOS Y LA NORMATIVA VIGENTE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”**, Es de mi autoría, original y no constituye plagio o copia alguna, constituyéndose en documento público, como mandan los principios de la investigación científica, de ser comprobado lo contrario me someto a las disposiciones legales pertinentes.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad.

Atentamente,



ANSHA RAMÍREZ RICARDO AUGUSTO

C.C. 1722363353

CORREO: agosto_acar@hotmail.com

AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL

Yo, **ANSHA RAMÍREZ RICARDO AUGUSTO**, en calidad de autor de la tesis Titulado **“INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA, EFECTOS JURÍDICOS Y LA NORMATIVA VIGENTE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”**, por la presente autoriza a la **UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR** hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o de parte de los que contienen esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos, que como autor me corresponden con excepción de la presente autorización, seguirán vigentes a mi favor de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8,19 y demás pertinentes de la Ley de Propiedad Intelectual y su reglamento.

Quito, a 28 de febrero de 2014



FIRMA.....

C.C. 1722363353

APROBACIÓN DEL TUTOR

Dr. MSc. Hernán García S.
Catedrático Universitario

Distrito Metropolitano de Quito, 28 de febrero del 2014.

Señor Dr.

WALTER MARTINEZ VELA MSc.

DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR.

Presente.-

Señor Decano:

Considero que la TESIS: "INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA, EFECTOS JURIDICOS Y LA NORMATIVA VIGENTE EN LA LEGISLACION ECUATORIANA", desarrollada por el señor RICARDO AUGUSTO ANSHA RAMIREZ, previo a la obtención del título de Abogado, está terminado.

Se ha cumplido con la metodología de la investigación.

La tesis contiene la bibliografía que destaca la participación de criterios doctrinarios muy calificados que aseguran el éxito en el análisis del tema central de la Tesis.

En conclusión la Tesis es muy satisfactoria y completa y constituye un valioso aporte para la legislación.

Atentamente

DR. HERNAN GARCIA. S. MSc
CATEDRATICO



APROBACIÓN DEL JURADO

Los miembros del Jurado Examinador aprueban el informe de Titulación **“INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA, EFECTOS JURÍDICOS Y LA NORMATIVA VIGENTE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”**.

Para constancia firman.

PRESIDENTE

VOCAL

VOCAL

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	3
NOCIONES GENERALES DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA. 3	
CONCEPTO Y ETIMOLOGÍA DEL CONTRATO EN GENERAL	3
Definición	4
Concepto del contrato de promesa de compraventa.....	4
RESEÑA HISTÓRICA.....	7
HISTORIA DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA EN EL ECUADOR	15
DEFINICIÓN LEGAL DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA SEGÚN EL ART. 1570 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO.....	16
CARACTERÍSTICAS DE ESTE CONTRATO.....	18
El contrato de promesa es de carácter preparatorio	19
El contrato de promesa es de carácter principal.....	20
El contrato de promesa es de aplicación general	21
El contrato de promesa es de carácter solemne.....	21
El contrato de promesa es un contrato típico	22
El contrato de promesa por regla general es bilateral y oneroso.....	22
FORMAS DEL CONTRATO DE PROMESA	23
Unilateral	23
Bilateral.....	23
IMPORTANCIA.....	24
CAPÍTULO II	25
ELEMENTOS DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA.....	25
De la capacidad	26
Del Consentimiento	27
Del objeto lícito.....	28
De la causa lícita	29
DE LOS REQUISITOS ESPECIALES DE TODO CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA	31

DE LOS EFECTOS DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA	37
SOLEMNIDADES DEL CONTRATO	37
Clases de solemnidades.....	40
Efectos de las solemnidades.....	41
PARTES QUE INTERVIENEN DENTRO DE UN CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA	42
CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA.....	43
Objeto.....	45
Precio	45
Plazo.....	45
Forma y lugar de pago	45
CLÁUSULA PENAL	46
La cláusula penal accesorio.....	50
Tipos de cláusula penal.....	53
Domicilio de las partes contratantes	54
Saneamiento en el caso de evicción.....	55
Gastos y Honorarios.....	55
Sometimiento	55
CAPÍTULO III.....	56
EFFECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA	56
Definiciones	56
INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA	57
ACCIONES PROCESALES PARA EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA.....	61
Acción ordinaria.....	62
Acción ejecutiva.....	64
EFFECTOS DE LOS CONTRATOS ENTRE LAS PARTES	65
EFFECTOS DE LOS CONTRATADOS RESPECTO DE TERCEROS	67
MODALIDADES ESPECIALES DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA	68
EL CONTRATO DE PROMESA COMO ACTOS PREPARATORIOS	70
EL CONTRATO DE PROMESA COMO UN CONTRATO PRELIMINAR	72

LA MORA DENTRO DE UN CONTRATO DE PROMESA	74
Clases de mora	77
Requisitos para constituirle al deudor en mora	78
Efectos de la mora del deudor	79
Efectos de la mora del acreedor	79
CUMPLIMIENTO RECIPROCO	80
INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS	82
TERMINACIÓN DE LA MORA	83
CAPÍTULO IV	84
ÁMBITO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA	84
EL CONTRATO DE PROMESA DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	84
CAMPO DE ACCIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA	86
DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES	87
DE LA CESIÓN DE DERECHOS	90
Clases de cesión	91
Cesión de Créditos	91
Cesión de derechos de herencia	93
Cesión de los derechos litigiosos	94
LA CESIÓN DE DERECHOS EN EL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA	94
FINALIDAD DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA	95
PROPUESTA	98
CONCLUSIONES	100
RECOMENDACIONES	103
ANEXOS	105
BIBLIOGRAFÍA	137

ÍNDICE DE ESQUEMAS

ESQUEMA 1	40
ESQUEMA 2	53
ESQUEMA 3	71
ESQUEMA 4	72
ESQUEMA 5	77
ESQUEMA 6	91

ÍNDICE DE ANEXOS

ANEXO 1.....	106
ANEXO 2.....	108
ANEXO 3.....	110
ANEXO 4.....	112
ANEXO 5.....	114
ANEXO 6.....	116
ANEXO 7.....	118
ANEXO 8.....	120
ANEXO 9.....	133

RESUMEN EJECUTIVO

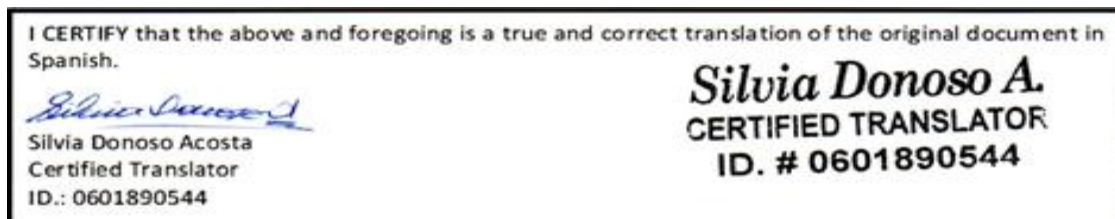
En los juzgados y salas de administración de justicia existe un número alarmante de demandas por incumplimiento o ineficacia de la promesa de compraventa, que obedece a factores propios de los contratantes y a la inobservancia o desconocimiento de la Ley. Es por esta razón que el presente trabajo tiene como propósito buscar una normativa que regule, el incumplimiento de la negativa contractual de la promesa de compra venta, ya que este tipo de contratos no se encuentran ampliamente reconocidos dentro del Código Civil, razón por la cual no tenemos un conocimiento claro acerca de sus efectos jurídicos, naturaleza, alcance y requisitos que debe contener la promesa de compra venta. Tomando en cuenta que su único objetivo es garantizar al prominente comprador como al prominente vendedor la materialización del contrato definitivo.

PALABRAS CLAVES: INCUMPLIMIENTO, PROMESA, EFECTOS, CONTRATO, COMPRAVENTA, PROMITENTE VENDEDOR, PROMITENTE COMPRADOR.

ABSTRACT

In courtrooms and justice administration romos, there are an alarming number of lawsuits for failure to comply or inefficiency to act on sale/purchase promises; this is due to factors inherent to the contracting parties and to the lack of respect or knowledge of the law. This is the reason why this work has the purpose of seeking an alternative to regulate the failure to comply with what is the contractual sale/purchase promise, because these types of contracts are not broadly recognized within the Civil Code, reason why ther is no clear knowledge on its legal effects, nature, reach and requeriments to be considered within the purchase/sale promise. The sole purpose of this promise is to guarantee both the promised buyen and the promised seller of the materialization of the definitive contract.

KEYWORDS: FAILURE TO COMPLY, PROMISE, EFFECTS, CONTRACT, SALE/PURCHASE, PROMISED SELLER, PROMISED BUYER.



INTRODUCCIÓN

El “Incumplimiento de la Promesa de Compraventa, Efectos Jurídicos y la Normativa vigente en la Legislación Ecuatoriana”, es un tema que poca importancia ha tenido en nuestra legislación, lo que ha causado un auge controversial indiscutible, particularmente en lo que tiene que ver con el derecho civil ecuatoriano, generando varios problemas jurídicos en la utilización de éste contrato.

Es verdad que cualquier institución jurídica, de hecho puede ser lesionada, pero la frecuencia y la constancia con la cual se afecta al contrato de promesa causa una inquietud alarmante en el Ecuador, partiendo desde el cúmulo de promesas frustradas hasta el gran número de promesas anulables que no encuentran una estructura legal adecuada para poder ser solucionadas.

Ya que, la realidad conflictiva del contrato de promesa, ratifica la importancia y utilidad de éste contrato en la preparación de los más diversos contratos y el rol emergente que la promesa brinda para concretar anticipadamente cualquier convenio en el vasto mundo.

Conformando en su conjunto motivos más que suficientes para detenernos a estudiar esta figura jurídica mediante un esfuerzo estrictamente personal y profesional sobre este tipo de contratos.

Cabe advertir que no obstante nuestra atención se centrará en la promesa de compraventa, sus efectos jurídicos y la normativa vigente que a lo largo de este trabajo esbozaremos en cuatro capítulos.

En el primer capítulo nos centraremos en las nociones generales del contrato de Promesa de Compraventa, en donde estableceré la historia, concepto, definición, características e importancia de la Promesa de Compraventa.

El segundo capítulo abarca los elementos que contiene la Promesa de Compraventa, así como también las partes que intervienen dentro de la celebración de este tipo de contratos y las

cláusulas que contiene, señalando como la más importante a la cláusula penal que se basa en la estipulación de una pena constituido como un pacto obligatorio inserto en dicha obligación.

En el capítulo tercero se resalta los efectos jurídicos derivados del incumplimiento del contrato de promesa de compraventa, el incumplimiento, las acciones que se derivan de dicho incumplimiento, sus modalidades especiales, el cumplimiento recíproco, la indemnización de perjuicios y la mora dentro del mismo.

El capítulo final, contendrá el ámbito del contrato de promesa de compraventa dentro de la legislación ecuatoriana, su campo de acción, los derechos y obligaciones que tendrán las partes involucradas en la celebración de esta figura jurídica y su finalidad en donde se establece una reforma a la legislación ecuatoriana.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA

Previo a que entremos hacer un análisis del tema que nos ocupa debemos referirnos y destacar algunas definiciones en cuanto a la Teoría General del Contrato, puesto que esto ayudaría a tener un conocimiento más general sobre el contrato de promesa.

CONCEPTO Y ETIMOLOGÍA DEL CONTRATO EN GENERAL

El Contrato “*es un término con origen en el vocablo latino contractus que nombra al convenio o pacto, ya sea oral o escrito, entre partes que aceptan ciertas obligaciones y derechos sobre una materia determinada*” (<http://definicion.de/contrato/#ixzz2W95Gnl00>, 2008).

Según **OSPINA Guillermo**, el contrato es el concurso real de las voluntades de dos o más personas encaminado a la creación de obligaciones. Esta fuente es pues un acto jurídico típico y caracterizado, puesto que sus efectos se producen en razón de la voluntad de los agentes.

Para **PIZARRO Néstor A.**, a través de la (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1967, pág. 120) el contrato “*etimológicamente proviene del latín contratus, que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto. Y esta vos deriva de contrato, que, entre otra acepciones, tiene la de juntar o reunir*”

Para (Ossorio, 2008, pág. 217), es un “*Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. En una definición jurídica, se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos*”

Definición

La definición de contrato aportado por (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2003) menciona “*(Del latín *contratus*), que es un pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento puede ser compelidas*”

De esta definición podemos resaltar que el contrato encierra dos opciones, en un sentido dirigido hacia el acto humano, y el otro al documento que representa dicho acto.

Según **CAPITANT**, lo define como acuerdo de voluntades, entre dos o más personas, con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones, y también documento escrito destinado a probar una convención. Los contratos han de ser celebrados entre personas capaces y no han de referirse a cuestiones prohibidas o contrarias a la moral o a las buenas costumbres. Los contratos lícitos obligan a las partes contratantes en iguales términos que la ley.

“El contrato plantea una serie de problemas a la teoría fundamental del derecho. Entre tales problemas figura el de saber si el contrato es algo perteneciente esencial exclusivamente al mundo del derecho, o sí, por el contrario es algo que, aunque pueda caer, y de hecho caiga muchas veces, dentro del ámbito del derecho, rebasa los confines de éste y tiene su origen en otro campo, a saber en el campo de las simples relaciones humanas” (Recaséns, 1946, pág. 5).

Concepto del contrato de promesa de compraventa

HINOSTROSA Fernando, menciona que dentro de las varias figuras de contrato preliminar o preparatorio sobresale el contrato de promesa, al punto de que es frecuente la asimilación de aquel a este. Así, en el Derecho Italiano el contrato preliminar resulta equivalente al contrato de promesa. El contrato de promesa es un contrato, lo cual, inmediatamente, muestra la diferencia de dicha figura con la oferta y con el contrato definitivo sujeto a condición suspensiva o a condición resolutoria.

“La promesa obliga a contratar, a celebrar el contrato futuro, objeto genérico, en tanto que este último obliga a las prestaciones que se derivan de su función específica, obligaciones que en tal sentido podrían calificarse de sustanciales” (Messineo, 1962, pág. 191).

De este concepto se puede destacar que el tratadista da un enfoque en cuanto a los contratos preliminares o preparatorios para resaltar que el contrato de promesa obliga a celebrar un contrato definitivo en el futuro.

Según **Mendía Infante Luis Felipe**, es un contrato en el que las partes se obligan a celebrar posteriormente el acuerdo definitivo, transcurrido cierto plazo o cumplida determinada condición.

Cuando se desea firmar un contrato y faltan algunos requisitos para poder materializarlo, es conveniente que las partes dejen por escrito lo pactado y celebren un precontrato o contrato preparatorio. El más conocido es el de promesa de compraventa, que tiene por objeto dejar establecidos todos los términos del negocio y asegurar a las partes la posterior celebración de la compraventa.

Al respecto éste tratadista meticulosamente menciona que es necesario realizar un precontrato o contrato de promesa cuando se desea firmar un contrato definitivo ya que allí se corregirían todos los errores de fondo y de forma.

En términos generales, se puede definir al contrato de promesa como un acuerdo de voluntades en virtud del cual una de las partes, o ambas, se obligan a celebrar dentro de un tiempo establecido un contrato definitivo. También se puede decir que es una declaración unilateral de voluntad por la cual consiste uno en obligarse a dar o hacer una cosa en tiempo futuro.

Es necesario mencionar que muchas de las definiciones no logran tener una reflexión teórica sobre el término, ocasionando un sin número de definiciones acerca de los contratos de

promesa, pero estimo necesario desde mi punto de vista mencionar a varios tratadista para tratar de alcanzar una definición concreta sobre el contrato de promesa.

Al respecto, el profesor chileno (Meza Barros, 1976, pág. 57) señala que: *“la promesa es un contrato en que una o varias partes se obligan a celebrar en el futuro un determinado contrato”*

(Fueyo Laneri, El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano, 1986, pág. 60), define al contrato de promesa *“como un contrato preparatorio general, por el cual, una de las partes o ambas, se obligan a celebrar otro que ha de ser legalmente eficaz y que se especifica de momento por lo menos en sus elementos esenciales, estipulándose al propio tiempo un plazo o una condición, o ambas a la vez, que fijen su futureidad y concediéndole a la ley los medios judiciales eficientes para la ejecución forzada”*

(Alessandri Rodríguez, 1976, pág. 139), establece que el contrato de promesa es *“aquel por el cual las partes se obligan a celebrar un contrato determinado en cierto plazo o en el evento de ciertas condiciones”*

Analizando el contenido de estas definiciones, se puede interpretar que el contrato de promesa genera una obligación de hacer, la cual es la de celebrar el contrato futuro. Pero esto se realiza cuando el comprador y el vendedor ya se han puesto de acuerdo en realizar la Compraventa de un inmueble a un precio cierto y determinado, a fin de asegurar los términos negociados por las partes, entre tanto se dan las condiciones necesarias para la firma del Contrato definitivo de Compraventa.

El Doctor **CARVAJAL FLORES Bécquer**, menciona que *“la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra parte a pagarla en dinero”* (Carvajal, 2007, pág. 137).

Para el tratadista **DEGNI Francisco**, *“La compraventa constituye uno de los modos de adquirir derivados, y es un contrato oneroso y bilateral, por el que un sujeto, llamado vendedor, se*

obliga a transferir a otro sujeto, que se denomina comprador, la propiedad de una cosa corporal o incorporal mediante un precio determinado" (Degni, 1957, pág. 1 y 2).

Para el indicado autor el contrato de compraventa debe cumplir con las obligaciones recíprocas de los contratantes, la primera parte que es la de transferir la propiedad de la cosa y la segunda parte el pago de su precio, ya que se trata de algo que se quiere entregar como un bien inmueble.

Partiendo de dicho precepto, es importante recalcar que la compraventa es el más importante de los contratos de cambio, constituyéndose en la base del movimiento económico mundial que ha generado el uso del dinero para la compra de bienes.

Por lo expuesto no se puede confundir a la promesa de celebrar un contrato de compraventa con el contrato a que la promesa se refiere, siendo necesario realizar un precontrato o contrato de promesa cuando se desea firmar un contrato definitivo.

RESEÑA HISTÓRICA

Para dar una reseña histórica del contrato de promesa tenemos que trasladarnos hasta el derecho romano, en donde casi todas las instituciones del derecho han tenido sus raíces, tomando en cuenta que los romanos no conocieron el contrato de promesa, pero esto no significa que en Roma no hubiera ciertos contratos, identificados como pactos y las estipulaciones que fueron, por decirlo así, el antecedente histórico de la promesa, tal como lo refleja el ordenamiento jurídico moderno.

En el derecho romano se identifican dos antecedentes que tienen relación con el contrato de promesa, por un lado están las estipulaciones conocidas como contratos “strictis juris” y por el otro los pactos entre ellos el “pactum de contrahendo”, mediante los cuales se prometían en lo posterior a celebrar un contrato de mutuo.

Los contratos “strictis juris” o de derecho estricto:

“Eran los únicos capaces de producir acción, hasta llegar a los contratos “Bonae Fidei” o de buena fe, en los que lo predominante es la equidad y no lo literal del acuerdo como así ocurría respecto de aquellos” (Bonivento Jiménez, 1989, pág. 16).

Estos contratos eran los únicos capaces de producir acciones para su cumplimiento, pero en caso de que se omitieran las formalidades legales el contrato deja sin protección a las partes y por ende no podría ser exigido su cumplimiento.

Dentro de la transformación jurídica que se produjo en el contrato de promesa, encontramos varios aspectos principales que se resalta en el derecho romano y que los podemos numerar de la siguiente manera:

- 1) Que la promesa no fue constituido como un contrato típico;
- 2) Que el primer antecedente del contrato de promesa se denomina “stipulation” considerado como un contrato verbal unilateral y de derecho estricto, en el cual quien sería el futuro acreedor interrogaba al futuro deudor y este contestaba aceptando la obligación; y,
- 3) Que como modalidad precedente al contrato de promesa aparecen los “contratos innominados “bajo el tipo “Facio ut facias” (hago para que hagas), considerado como la obligación primordial del contrato de promesa.

La estipulación adquirió así un inmenso desarrollo en el derecho romano empleándose tanto para dar fuerza obligatoria a una obligación de dar como a una obligación de hacer o no hacer, llegando a emplearse también en los tratados internacionales.

El otro antecedente del derecho romano son los pactos que tenían el único valor de concluir con los contratos, para ello encontramos el “pactum de contrahendo”, que era considerado como un pacto nudo o sea desprovisto de efectos civiles que únicamente generaba obligaciones naturales y el “pacto vestita”, los cuales producían efectos civiles aunque en forma indirecta, determinando como excepción en los efectos, acciones que nacen de los contratos.

“Los pactos eran, pues, un accesorio de los contratos, ya que, generalmente, sólo en tal carácter eran sancionados por una acción de derecho civil. De allí que en la legislación romana se distinguieron dos clases de convenciones: los contratos, que eran de derecho estricto y de buena fe, y los pactos que sólo tenían valor legal en ciertos casos” (Alessandri Rodríguez, 2003, pág. 830).

Con estos dos antecedentes demostramos que en el derecho romano no existía como en la actualidad, un contrato especial y con características propias denominado contrato de promesa, pero a pesar de ello existían actos que sin ser contratos cumplían con los mismos efectos de una promesa, pero no precisamente para obligarse por ella a celebrar otro contrato, sino para obligarse directamente al contrato que mediante ese acto se celebra.

En el derecho español se toma como referencia de la legislación romana “las estipulaciones” bajo la denominación de “promisión”, que era una oferta verbal o escrita que una persona hacia a otra con intención de obligarse sobre una cosa determinada, esto es transmitido en sus siete partidas como en su novísima recopilación.

En cuanto a las siete partidas se puede mencionar:

“El carácter unilateral de la estipulación y que haciendo, por ende, una doble promisión para efectos de lograr configurar una convención, la ley segunda, en el Título XI de la Quinta partida, precisó el alcance de la promisión, que no era más que una oferta verbal o escrita que una persona hacia a otra con la intención de obligarse sobre una cosa determinada” (Bonivento Jiménez, 1989, pág. 18).

Dicha promisión se hacía mediante una pregunta y una respuesta entre las partes involucradas, pero si se hacía mediante señales no tenía valor alguno.

Como estas preguntas y respuestas trajeron problema a la legislación española, la novísima recopilación, estableció, para subsanar este inconveniente, la validez de toda obligación que se realice de cualquier manera con tal que se demuestre que una persona quiso

obligarse a favor de otra, por lo cual **BONIVENTO JIMÉNEZ Javier**, acogéndose al efecto de la partida quinta acerca de la promisión menciona:

“El principio de la consensualidad como requisito suficiente para dar origen al nacimiento y cumplimiento consecuentes de obligaciones sin exigencia de solemnidades o formas adicionales, no sólo a la promesa como acto jurídico unilateral sino también a todo género de contrato o acuerdo de voluntades” (Bonivento Jiménez, 1989, pág. 19).

Con esto la promesa queda exenta de toda formalidad, gozando ya de la libertad contractual dándole el mismo valor que tiene todos contratos, pudiendo exigir ya su cumplimiento por parte de quien fuere afectado.

En el derecho francés anterior al Código Napoleón, existió un desarrollo vasto del contrato de promesa, consignándose ya no en leyes escritas, por lo que su evolución fue más rápida, ocasionando una discusión doctrinaria de fuertes contrastes sobre su viabilidad, lo que produjo que los jurisconsultos de ese entonces hicieran una distinción entre la promesa unilateral y la bilateral.

Ambas eran obligatorias, no existiendo entre ellas otra diferencia que en la promesa unilateral se obliga una de las partes y la otra no contraía ninguna obligación, mientras que en la bilateral ya se obligan las dos partes.

POTHIER, un jurista reconocido de Francia menciona que:

“La promesa unilateral es como una convención por la cual uno se obliga hacia otra a venderle una cosa” (Alessandri Rodríguez, 2003, pág. 832).

Existiendo una obligatoriedad sobre ésta y discutiendo principalmente sobre cómo hacerla exigible, unos sostienen que solo se podía demandar una acción de daños y perjuicios; y otros la posibilidad de forzar la celebración del contrato prometido.

Respecto a la promesa bilateral existía una gran oscuridad en cuanto a su valor, ya que este tipo de promesas no equivalían a la venta misma, según a esta materia, **DUMOULIN**, propuso dos situaciones mediante las cuales las partes podían celebrar un contrato, en donde:

“Se comprometían a vender y comprar respectivamente en un tiempo más o menos lejano, o celebrar ese mismo contrato refiriéndose a un contrato presente, pero que debía ser corroborado por un acto futuro” (Alessandri Rodríguez, 2003, pág. 833).

En el primer caso, existe promesa de venta, mientras que en el segundo caso se trata de una venta, pues en ambos casos se trata de una venta perfecta, pero siempre y cuando acompañada de una figura jurídica llamada promesa, reduciéndola a dicha figura a un instrumento autentico.

De allí que el Código Napoleón, no legislo sobre la promesa en general sino únicamente sobre la promesa de venta, por lo que, en su artículo 1589, establece: *“La promesa de venta vale cuando hay consentimiento reciproco de ambas partes sobre la cosa y sobre el precio”*, siendo este artículo el único que trata sobre la promesa de compraventa bilateral, manteniéndose intacto durante el transcurso de los años.

“El confundir la promesa con el contrato definitivo es equivoco pues cada contrato tiene efectos distintos, recordemos que en la promesa bilateral de contrato únicamente existe una obligación de hacer: celebrar el contrato a cargo de las dos partes, mientras que del contrato prometido pueden desprenderse diversas obligaciones de dar, hacer o no hacer” (Sánchez Meda, 2004, págs. 140-141).

En resumen el contenido de la compraventa es obligar a las partes a dar el precio y cosa, mientras que en la promesa solo surge la obligación de hacer un contrato en el futuro, con lo que una promesa de compraventa se entabla sobre cuál será el precio y la cosa pero no como objeto del contrato sino como elemento que debe tener el contrato futuro.

También la promesa fue incorporación dentro de algunos códigos, como el Código Suizo en el cual únicamente se lo señala a diferencia de otros como el Código Mexicano y el austriaco en los cuales existe regulación.

En la Legislación Chilena, el autor **BELLO Andrés**, tuvo gran influencia en la elaboración del código civil, el mismo que fue aprobado en el año de 1855, y tomo vigencia en el año de 1857.

Para el criterio del tratadista **BELLO Andrés**, la promesa de contrato es diferente al derecho francés, ya que dicho jurista trató a la promesa de contrato de manera general y no solo como una promesa de venta como se destaca en la legislación francesa,

De allí que tres fueron las etapas que se encargaron de determinar en el Código Civil Chileno ciertas normas para la aplicación del contrato de promesa, cuyo contenido es casi idéntico al que rige entre nosotros.

En la Primera etapa se menciona que en los proyectos de 1842 y 1847, el contrato de promesa no se lo reglamento como una norma expresa, sino que su regulación se la dejo en base de las reglas generales relativas a convenciones y contratos.

Para la segunda etapa se menciona al proyecto de 1853, en donde ya se considera conveniente normar de manera concreta y particular al contrato de promesa y fue así como el **artículo 1733** de dicho proyecto señala:

“La promesa de celebrar un contrato especificándolo en todas sus partes, es una obligación de hacer, y está sujeta a lo dispuesto en el artículo precedente; a menos que

el contrato sea de aquellos que se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes, en cuyo caso la promesa equivaldrá al contrato mismo. La promesa de un contrato que las leyes declaren ineficaz, no tendrán valor alguno” (Bonivento Jiménez, 1989, pág. 20).

Para complementar el texto transcrito anteriormente el **artículo 1732** del proyecto citado menciona que:

“Toda obligación de hacer una cosa se convierte, a elección del deudor, en la de indemnizar los perjuicios si no se hace la cosa. Más, en este caso, el acreedor, si la cosa de que se trata puede ejecutarse por un tercero, tendrá derecho a que se le autorice para hacerla ejecutar a expensas del deudor, quedándole siempre a salvo la indemnización de perjuicios” (Bonivento Jiménez, 1989, pág. 21).

Es a partir de estos dos artículos en donde se hace ya referencia a los requisitos, características y efectos que contendrá el contrato de promesa, deduciendo así:

1. Que la promesa es un contrato consensual;
2. Que en la promesa se debe mencionar de manera concreta el contrato prometido;
3. Que en la promesa se produce una obligación de hacer; y,
4. Si el contrato que se promete es consensual, la promesa equivale a él.

En la última etapa de la creación del **Código Civil Chileno** aparece el (**proyecto inédito**), en el cual se precisa aún más los requisitos que debe contener un contrato de promesa para que produzca los efectos requeridos y es así que el **artículo 1733** del mencionado proyecto manifiesta que:

“La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las circunstancias siguiente:

1. *Que la promesa conste por escrito;*
2. *Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaren ineficaces;*
3. *Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato;*
4. *Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que solo falten para su perfección, la tradición de la cosa, si el contrato es real, o las solemnidades que las leyes prescriban.*

Concurriendo estas circunstancias, habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente” (Bello, 1890, pág. 393).

En cuanto al artículo precedente se menciona las pautas para los casos de incumplimiento de las obligaciones de hacer lo mismo que se manifiesta en **el artículo 1732 del proyecto de 1853**.

Con estos antecedentes el actual **Código Civil Chileno** cita en **el artículo 1554** al contrato de promesa, siendo editado igual al **artículo 1733** del proyecto inédito, produciéndose solo un pequeño cambio en el requisito cuarto en donde en vez de decir “para su perfección, la tradición de la cosa, si el contrato es real” se estableció “para que sea perfecta la tradición de la cosa”, con este cambio queda señalado en la legislación chilena el contrato de promesa.

En la actualidad varias legislaciones han introducido esta disposición sin ninguna alteración de su contenido entre las más conocidas tenemos la ecuatoriana, la colombiana, la misma chilena, entre otras.

De allí que podríamos señalar que este es el proceso de evolución de la promesa de compraventa desde sus orígenes hasta alcanzar un reconocimiento fundamental en el ordenamiento jurídico, pero por tratarse de un contrato de gran importancia estamos seguros que

los legisladores lo ubicaran dentro del código civil en el lugar que le corresponde con su respectivo procedimiento y regulación.

HISTORIA DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA EN EL ECUADOR

El contrato de promesa de compraventa en el Ecuador no tiene una gran historia ya que los legisladores se han preocupado más por otro tipo de contratos, dejándole a este contrato sin una historia propia.

Partiendo de esto podemos señalar que para el contrato de compraventa si existe una historia de cómo se ha ido desarrollando y perfeccionando dicho contrato en nuestro país, así podemos establecer que en la época incásica lo único que aparece es que los jeroglíficos no podían dejar constancia del traspaso de dominio, por esta razón no existía la compraventa, lo que existió es la posesión que realizaban los individuos de ese entonces en base a los productos que producían.

Ya para la época colonial se comienza a utilizar la compraventa, que eran contratos o acuerdos entre las personas, que obviamente, eran entre los colonizadores con documentos de quienes tenían el poder dominante y se adjudicaban por escrito de quienes tenían el poder dominante como los colonizadores.

En la Gran Colombia se realizaba adjudicaciones para viviendas en la formación de los pueblos, precisamente del dominio de quienes gobernaban. Con lo cual fue extendiendo el cambio de propiedad que se hacían con las autoridades aplicándose el sistema notarial.

Para la época republicana el gobierno aplicaba el sistema legal de la metrópoli, con escrituras públicas de las autoridades, que estuvo compuesta por una variedad de sistemas y que

luego se regularizo a la compraventa de inmuebles con la escritura pública, perfeccionada por la legislación española.

Con el desarrollo histórico de los estados que se produjo por medio de la independencia se aplica ya la adquisición de un sistema notarial, con lo que el contrato de compraventa llega a ser reconocido por dicho sistema.

En cuanto al contrato de promesa solo se encontró que en el periodo anterior a la colonia no se podía hablar de derecho civil; durante la colonia, por lo que el Ecuador pertenecía a las colonias españolas al igual que otros países en el territorio americano, por lo cual estaban normados por las leyes españolas. Por lo tanto como indicamos anteriormente el contrato de promesa tenía plena vigencia en el derecho español, así como también en el territorio ecuatoriano por ser colonia española.

Pero la reseña histórica más favorable del contrato de promesa en el Ecuador es el acogimiento y aceptación del código civil chileno elaborado por Andrés Bello, el mismo que no tuvo mayor variación en su contenido, ya que en su artículo 1554 menciona al contrato de promesa teniendo la misma redacción el artículo 1570 de nuestro código civil.

DEFINICIÓN LEGAL DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA SEGÚN EL ART. 1570 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO

La promesa de compraventa es un contrato por el cual las partes se obligan a celebrar, en el futuro, con todos sus requisitos legales y formalidades, un contrato de compraventa. Es una forma de contratación muy utilizada en el mercado inmobiliario, pero que cuenta con una reglamentación breve y limitada, que no garantiza las necesidades y objetivos de los contratantes.

Una vez hecho el análisis sobre dicho contrato el **Libro IV, que trata de las Obligaciones en General y De los Contratos, en su título XII, que se refiere a los efectos de**

las obligaciones, del Código Civil ecuatoriano de su última publicación de 2005-010, publicado en su Registro Oficial S 46 de 24 de junio de 2005, en su **Artículo 1570.-** dice:

“La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes:

1. Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código;
2. Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaren ineficaces;
3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y,
4. Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

Concurrido estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente”.

En cuanto a este artículo el principio general de la autonomía de la voluntad, menciona que las partes pueden crear cualquier contrato con tal que no vaya contra el ordenamiento público, las buenas costumbres o la ley, precepto que tiene concordancia con la primera parte del **Art. 1570 del Código Civil** donde manifiesta que “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna....”

Luego de lo mencionado este artículo añade “...*Salvo que concurren las circunstancias siguientes; ...*”, para lo cual esta parte tiene dos efectos:

- a) El encabezamiento transcrito en primer término es una disposición imperativa, la promesa si surte efectos siempre que se cumpla los requisitos que señala; y,
- b) La promesa que surte efecto es de excepción. Por ello las circunstancias tienen que cumplirse estrictamente, sin que quepa aplicarlas por analogía.

Los otros requisitos han tenido una larga discusión, desde la naturaleza jurídica misma de la promesa en que si es o no un contrato ya que se encuentra establecido en el Título XII del Libro IV del Código Civil, que trata “*De Los Efectos de la Obligación*”.

Con esto el autor, **ROCHA DÍAZ Salvador**, respecto a la promesa de compraventa manifiesta que “*El contrato de promesa puede ser definido como un acuerdo de voluntades en virtud del cual una de las partes, o ambas, se obliga a celebrar dentro de un tiempo determinado, un contrato cuyos elementos se señalan desde luego*” (Rocha Díaz, 1974, pág. 623).

En la parte ultima del articulo transcrito añade “*concurrido estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente*”.

Para lo cual el **artículo 1569**, que habla de **la obligación de hacer** estipula que “*si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya:*

1. *Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor; y,*
2. *Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”.*

Con lo cual este artículo resalta que el deudor aparte de pagar la indemnización de mora puede pedir al acreedor una de las dos cosas que son el pago de la indemnización de perjuicios o la autorización para que pueda ejecutar un tercero.

CARACTERÍSTICAS DE ESTE CONTRATO

Antes de entrar al estudio de las características del contrato de promesa, tenemos que recordar que el mismo tiene la categoría de contrato, ya que es reconocido por el ordenamiento jurídico.

Dicha categoría que se le da a la promesa de celebrar un contrato está plenamente justificada por la aceptación que tiene en las diferentes legislaciones y en los códigos, aunque en algunos códigos no se los encuentra articulados como tal, por lo que no existe una reglamentación concreta, en otros códigos como en el nuestro si lo reglamenta pero carece de una definición clara, creando un desconcierto sobre el carácter de contrato.

Con esta aclaración mencionaremos que dentro del Derecho Civil ecuatoriano y de la doctrina se encuentra las principales características del contrato de promesa:

- 1) Es de carácter preparatorio;
- 2) Es de carácter principal;
- 3) Es de carácter general;
- 4) Es de carácter solemne;
- 5) Es un contrato típico; y,
- 6) Por regla general, es bilateral y oneroso.

El contrato de promesa es de carácter preparatorio

La definición de los contratos preparatorios se basan en “*un diagrama o encuadre que deberá tener en el futuro las próximas relaciones contractuales a ser celebradas entre las partes, dando las bases necesarias para la realización de los futuros contratos, sin que esto signifique obligatoriedad de celebrar contrato alguno*” (Gherzi, Tratados de los Contratos Civiles, Comerciales, Laborales, Administrativos y de Consumo, 2010, pág. 73).

Lo que manifiesto dicho tratadista con esta definición es que estos contratos tienen como objetivo principal la celebración del contrato futuro, el mismo que debe ser suscrito por las

partes que intervienen en el contrato preparatorio, tomando como referencia esta definición podemos señalar que el contrato de promesa de celebrar un contrato es un contrato preparatorio.

“Así la promesa genéricamente considerada, en el ordenamiento jurídico, es un contrato preparatorio en virtud del cual dos o más partes se obligan a celebrar un contrato determinado al vencimiento de un plazo o al acaecimiento de una condición...” (Bonivento Jiménez, 1989, pág. 91).

Pero este tratadista alargando un poco más el tema estableciendo que *“...la promesa de compraventa de un bien inmueble será un contrato por el cual dos partes, el promitente vendedor y el promitente comprador, se obligan a celebrar un contrato de compraventa sobre un bien inmueble, mediante el otorgamiento de la escritura pública respectiva, al vencimiento de un plazo o al acaecimiento de una condición”* (Bonivento Jiménez, 1989, pág. 91).

En consecuencia los requisitos legales establecidos en el ordenamiento jurídico, permiten que el contrato de promesa sea legal y es gracias a estos, que se le determina la calidad de contrato preparatorio.

El contrato de promesa es de carácter principal

El contrato de promesa es principal ya que perdura por sí mismo, sin necesidad de otro contrato para poder existir, creando su propio efecto y gozando de autonomía propia, el mismo que termina su existencia al momento de cumplir con el propósito para el que fue creado, en este caso sería con la celebración del contrato futuro.

La confusión entre promesa y contrato definitivo ha tenido muchas dudas, pero poco a poco se ha ido solucionando ya que el primero sirve como herramienta para que se lleve a cabo el segundo, cuando termina el contrato de promesa nace el contrato prometido, con lo cual cada uno es creado con diferentes propósitos.

En la actualidad la población ecuatoriana ya reconoce la diferencia que existe entre el contrato de promesa y el contrato prometido, determinando cada uno los efectos para los que fueron creados. Así el contrato de promesa nace con una total independencia del contrato prometido.

El contrato de promesa es de aplicación general

Este contrato tiene aplicación general, por el hecho de que es reconocido legalmente dentro del Código Civil, con la finalidad de garantizar y tutelar la validez y eficacia de este acto jurídico. Con esto las partes pueden pactar libremente las condiciones del contrato pero siempre sujetas a las normas generales de los contratos.

En la Legislación Ecuatoriana el contrato de promesa no se limita únicamente a la compraventa sino que también es aplicable a un sin número de actos y contratos definitivos, como por ejemplo a los de arrendamiento, sociedad, etc., pero siempre que no sean declarados ineficaces por la ley.

El contrato de promesa es de carácter solemne

En algunas legislaciones esta característica no es tomada en cuenta para su validez, con lo cual se produce un contrato consensual, el mismo que según nuestro Código Civil “...se perfecciona por el solo consentimiento de las partes”, dando como resultado que no se produzca ningún efecto civil, debido a que no se cumple con los requisitos que establece la ley, pero en otras legislaciones como la ecuatoriana es necesario que se cumpla con dicha característica para su creación como contrato de promesa de celebrar un contrato.

Por eso el **artículo 1570 del Código Civil Ecuatoriano** en su numeral primero menciona “...que la promesa debe constar por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad...” teniendo concordancia con lo estipulado en el **artículo 1459** de dicha norma jurídica en donde manifiesta que “...es solemne cuando está sujeta a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ella no surte ningún efecto...”.

El contrato de promesa es un contrato típico

Los contratos típicos son aquellos que la ley los reglamenta como tal, por eso tenemos que decir que la legislación ecuatoriana al referirse a la promesa de celebrar un contrato en el Código Civil nos da los parámetros que debe contener el contrato para que surta los efectos jurídicos requeridos, esta disposición se la establece en el “*Título XII, Del Efecto de las obligaciones*”.

Aunque el **artículo 1570**, no se encarga de establecer textualmente la calidad de contrato a la promesa, la doctrina y la legislación ecuatoriana la reconocen como tal, ya que este mismo artículo señala la estructura y la reglamentación para que surtan efectos las obligaciones emanadas de dicho instrumento.

El contrato de promesa por regla general es bilateral y oneroso.

La promesa de celebrar un contrato es bilateral, en la medida en que surgen obligaciones recíprocas para las dos partes, con lo cual cada parte se obliga a hacer a favor del otro, que es celebrar el contrato prometido, esto tiene similitud con lo que establece **el artículo 1455 del Código Civil ecuatoriano** en donde manifiesta que es bilateral “*...cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente*”.

El contrato de promesa es oneroso porque cada parte se grava a favor de la otra, en donde se obligan recíprocamente a celebrar en un futuro el contrato, como puede ser el contrato de compraventa y que por eso ambos percibirán utilidades mutuas, así como también determina **el artículo 1456 del Código Civil** en donde dice que son onerosos “*... cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro*”.

Indicando que por lo general los contratos bilaterales son onerosos y demostrando que la promesa de celebrar un contrato recae sobre este tipo de obligaciones muy conocidas en el ámbito legal.

FORMAS DEL CONTRATO DE PROMESA

En la actualidad alguna legislaciones manifiestan que un contrato puede ser de carácter unilateral o de carácter bilateral, esto dependiendo a quien recae la carga de la obligación, la misma que puede recaer sobre una parte o sobre las dos partes, esto dependiendo del tipo de contrato que se realice.

El mexicano **AGUILAR CARBAJAL Leopoldo**, advierte que:

“Es indispensable evitar caer en un error muy frecuente, que consiste en creer que la promesa siempre será bilateral, ya que existe acuerdo de voluntades; en esto consiste el acto bilateral, pero la distinción que se hace entre promesa unilateral o bilateral no tiene como base la existencia de dos voluntades, como en todo contrato, sino de que de este acuerdo nazcan obligaciones y derechos a favor y a cargo de una o de las dos partes” (Aguilar Carbajal, 1977).

Unilateral

A la promesa unilateral también se la puede conocer como una promesa de venta o una promesa de compra, que no es más que cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna. Por ejemplo, la promesa de compraventa, en donde el promitente vendedor se compromete a vender un bien al promitente comprador, pero el promitente comprador en dicho contrato no se obliga a comprarlo; con este ejemplo, se demuestra que el contrato unilateral se encarga de engendrar obligaciones para una sola de las partes.

Bilateral

Entre los contratos bilaterales se encuentra a la promesa de compraventa que es reconocida como bilateral cuando las partes se obligan recíprocas, esto quiere decir que por ejemplo, cuando el promitente vendedor se compromete a adquirir un inmueble y el promitente

comprador se compromete a adquirir dicho bien, cumpliendo con los efectos para el cual fue creado dicho contrato.

IMPORTANCIA

Para la Legislación Ecuatoriana el contrato de promesa es reconocido dentro del Código Civil Ecuatoriano, como un contrato que aparece de manera espontánea y muy limitada por no contar con una definición concreta, acerca de este tipo de contratos, pero sin embargo, en el **artículo 1570** del mencionado cuerpo legal se establece una reglamentación clara para el contratos de promesa de celebrar un contrato, de allí que aparece su gran importante debido a que tutela y garantiza el negocio de un inmueble en el futuro , en caso que las partes contratantes no puedan celebrar el contrato futuro ya se por falta de economía o alguna limitación en el inmueble.

La realidad conflictiva del contrato de promesa y los consecuentes razonamientos, ratifican la importancia y utilidad de este contrato en la preparación de los más diversos contratos, y el rol emergente que la promesa brinda para concretar anticipadamente cualquier convenio en el vasto mundo de los negocios.

Debido a que hoy en día todos los negocios de índole patrimonial entre vivos, utilizan la promesa de compraventa, cada vez y con más frecuencia en la vida cotidiana de los seres humanos, ya que es considerado como un contrato de gran importancia en el Ecuador y en otras partes del mundo, debido al uso y a la efectiva utilización en la compra de bienes.

Por esta razón es necesario realizar una contribución a la investigación mediante un estudio pormenorizado sobre el tema tratado en esta tesis con lo que ayudará a que el contrato de promesa, sea reconocido dentro de la materia civil como un contrato principal el mismo que tenga una normativa de acuerdo a los alcances de esta figura jurídica.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA

El contrato de promesa de compraventa por la sola circunstancia de constituirse en un contrato, se encuentra regido por las normas generales de los mismos, es decir; que para su validez se debe aplicar las reglas generales para la suscripción de estos, los mismos que se encuentran enumerados en **el artículo 1461 del Código Civil Ecuatoriano** que dice:

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntades es necesario:

- 1. Que sea legalmente capaz;*
- 2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;*
- 3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,*
- 4. Que tenga una causa lícita”.*

A más de estos cuatro requisitos la doctrina señala un quinto requisito que es *“las solemnidades que la ley exige en ciertos casos; pero en rigor de derecho las solemnidades no constituyen un requisito distinto, porque dentro de las ideas manifestadas al tratarse de los contratos solemnes, las solemnidades no son sino la forma de manifestarse el consentimiento en los contratos solemnes”* (Alessandri Rodríguez, 1976, pág. 15).

Además de estos requisitos propios de todo contrato, la promesa debe cumplir con lo que determina **el artículo 1570 del Código Civil**, siendo estos exclusivos de este tipo de contratos y que no pueden faltar porque su omisión acarrea la nulidad absoluta de dicho contrato.

De la capacidad

En base al principio general, que rige para todos los contratos, la capacidad es la aptitud que tienen las personas para comparecer a celebrar un contrato y que la ley los faculta como tal, esto concuerda con el artículo 1462 del Código Civil en donde menciona que *“toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”*.

Por lo tanto, no pueden celebrar contratos las personas absolutamente incapaces entre los que encontramos a los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito y también las personas que la ley los declara como incapaces relativos, entre estos tenemos a los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes y las personas jurídicas.

El artículo 1734 y siguientes del Código Civil, nos habla acerca de las incapacidades particulares previstas por la ley para la compraventa los cuales no se hacen extensivas para la promesa de compraventa ya que, por configuración de excepciones, no son susceptibles de utilización analógica para la promesa de celebrar un contrato.

La capacidad es la regla general, la situación normal; la incapacidad es la excepción, y como no hay más incapacidades que las que la ley establece, tenemos que para que una persona sea incapaz, es menester que un texto expreso de la ley así lo declare. De ahí se desprende que no hay para que averiguar quiénes son capaces, y en que consiste la incapacidad, sino que hay que ver quiénes son incapaces y en qué consiste la incapacidad.

Según **OSSORIO**, menciona que una incapacidad es un *“defecto o falta total de capacidad, de aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones”* (Ossorio, 2008, pág. 481).

En cuanto a quienes son incapaces, el Código Civil manifiesta que son; las personas absolutamente incapaces entre las que encontramos a los dementes, los impúberes y los sordomudos y los que la ley los declare como incapaces relativos.

Por ello, más que de la capacidad para consentir debe hablarse de la capacidad para contratar.

Del Consentimiento

Desde el momento que el contrato es un acto jurídico se necesita de la voluntad para poder generarse, por lo que se entiende que no puede haber contrato sin el concurso de las voluntades de las partes, dándose a entender que la promesa de compraventa necesita para su existencia del acuerdo de voluntades tanto del promitente vendedor como del promitente comprador.

Con lo que conviene dejar claro que el acuerdo de voluntades que se necesita en la promesa de compraventa es diferente al consentimiento que se necesita en la compraventa ya que no es lo mismo vender que prometer vender, ni tampoco comprar que prometer comprar.

“El importantísimo rol que el consentimiento desempeña se traduce en que es la base del contrato, ya que sin él no puede existir ningún tipo de contrato...” en el cual “el primordial papel que representa el consentimiento se vincula al principio de la autonomía de la voluntad con sus manifestaciones de la libertad de contratar y de la libertad contractual...” (Videla Escalada, 1971, pág. 4).

Adicionalmente a la existencia del consentimiento, es necesario que dicha manifestación de voluntad no adolezca de vicios del consentimiento que según **el artículo 1467**, son (el error, la fuerza y el dolo).

El error puede ser de dos clases: de hecho y de derecho; es de hecho cuando recae sobre una cosa o sobre una persona; y es de derecho cuando se ignora o se tiene un concepto erróneo de la ley pero que no vicia el consentimiento.

El artículo 1472 del Código Civil ecuatoriano manifiesta que *“la fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición...”* en otras palabras es la presión ejercida sobre la voluntad de una persona por medio de amenazas o violencia material para determinarla a contratar.

Y por último el dolo no vicia el consentimiento sino cuando se produce un complot o un fraude empleado para engañar a una de las partes del contrato. Dependiendo de qué tipo de dolo sea, ya que existe el dolo positivo que consiste en maquinaciones o procedimientos de que se vale una de las partes para engañar a la otra o el dolo negativo que es una abstención, esto es cuando una de las partes guarda silencio para engañar a la otra.

De manera, que el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley, en los demás se debe probar el dolo.

Del objeto lícito

Así como todo acto realizado por un ser humano que persigue un fin o un objetivo, los actos jurídicos y en especial los contratos persiguen también una finalidad; cuya finalidad se constituye en su objetivo, y **el artículo 1476** se refiere a esta materia cuando dice: *“Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”*.

Para tener un concepto más claro del objeto, el tratadista **GHERSI Carlos**, considera *“que el objeto del contrato es la (realidad social) acotada como base de operaciones del mismo, de ahí entonces que es suficientemente extenso como para quedar enmarcado en la más amplia gama de (realidades económico-sociales) susceptibles de ser atrapadas en materia de negocio jurídico contractual”* (Gheresi, Contratos Civiles y Comerciales, 1998, pág. 129).

Podemos decir, entonces, que el objeto del contrato se envuelve en una íntima relación con el hecho económico; regula así el acceso a los bienes y servicios para satisfacer necesidades de consumo o insumo.

En cambio, el doctrinario **ALESSANDRI Arturo**, dice que *“así como todo acto humano ejecutado por una persona tiene un fin, persigue un objetivo, ya sea material o moral, de la misma manera los actos jurídicos y especialmente los contratos tienen una finalidad; esa finalidad es lo que constituye su objeto”* (Alessandri Rodríguez, 1976, pág. 43).

Todo contrato persigue un fin o más conocido como el objeto del contrato, que en el caso de la promesa de compraventa sería la celebración del contrato definitivo, siendo este el objetivo principal de esta clase de contratos.

De esta manera el único objeto que persigue el contrato de promesa de compraventa, es que sus partes celebren el contrato futuro de acuerdo con el ordenamiento público, las buenas costumbres y la ley.

De la causa lícita

El vocablo “causa”, según el **Diccionario de la Lengua Española**, alude a varios significados, entre los cuales extraemos para utilización de nuestro tema los siguientes:

“Fundamento u origen de una cosa, lo que produce el efecto, motivo o razón para obrar, causa eficiente, primer principio productor del efecto...causa final, objetivo de lo que se hace...causa impulsiva o motivo y razón o motivo que inclina a hacer alguna cosa” (Real Academia Española,, 2003).

De estos significados todos tienen relación con el tema ya que ellos llegan a plasmar el origen de la causa que es el propósito del contrato.

Más acorde a nuestro tema, el tratadista **OSSORIO**, dice que “*en materia de obligaciones y de contratos, se conoce como causa, para unos autores, el fin mediano que se busca en el contrato o que produce la obligación; para otros, posiblemente con mejor propiedad, el propósito o razón que motivó a cada una de la partes a celebrar el contrato. La causa constituye un elemento esencial, hasta el punto de que, faltando ella, el contrato no produce ningún efecto. La causa de las obligaciones y contratos tiene que ser verdadera, lícita y no opuesta a la moral y a las buenas costumbres*” (Ossorio, 2008, pág. 154).

Significa entonces, que la causa es el propósito que motiva a cada una de la partes a celebrar un contrato pero siempre respetando al ordenamiento público, las buenas costumbres y la ley.

En los contratos es necesario que exista una cosa que le sirva de objeto así como también una razón que justifique su existencia, esta razón es el porqué del contrato, ya que “*no puede haber obligación sin una causa real y lícita...*”. De esta manera los contratantes deben tener un motivo que los induzca a celebrar un contrato de promesa de compraventa y que por falta de este, sería considerado como inexistente.

No se debe confundir a la causa y al motivo ya que estas son cosas enteramente diversas pero que desgraciadamente no son fáciles de distinguir en la práctica.

Y que según, el tratadista **ALESSANDRI Arturo**, recalca que “*la causa es el interés jurídico que induce a una de las partes a contratar, en otras palabras, es la razón legal del contrato; es la razón que la ley supone que ha inducido a las partes a contratar. En cambio, los motivos son las razones internas o psicológicas que una de las partes ha tenido para contratar*” (Alessandri Rodríguez, 1976, pág. 52).

DE LOS REQUISITOS ESPECIALES DE TODO CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA

A parte de los requisitos generales que debe contener un contrato, la ley ha establecido ciertos requisitos especiales que tiene que cumplir el contrato de promesa, transformándose la promesa de celebrar en un contrato en una fuente de la obligación cuando concurren junto con la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita, las siguientes circunstancias especiales manifestadas en **el artículo 1570 del Código Civil ecuatoriano** y que son:

- 1. Que la Promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código.*

El requisito del escrito, hace que la Promesa Civil sea un contrato solemne, de no constar por escrito no produce ninguna obligación y por ende no es válida. Este requisito se exige no como medio de prueba sino como un elemento indispensable para la existencia de este contrato.

La Promesa de Compraventa adquiere vida jurídica en el momento que se celebra por escrito, excepto aquella promesa que el Código Civil señala que debe ser celebrada por escrito, la inobservancia de este requisito conlleva a que el contrato no surta ningún efecto civil, de concordancia con **el artículo 1553 de Código Civil Latinoamericano**, donde menciona que “*es nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para en valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes*” (Moreano Chacón, 2008, pág. 229).

Al referirnos a la nulidad absoluta que según **el artículo 1699 del Código Civil ecuatoriano** “*puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida; puede asimismo pedirse por el Ministerio Público, en interés de la mora o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince días*”.

La otra parte de este numeral menciona que la Promesa debe constar por escritura pública cuando fuere necesario de tal solemnidad para la validez de dicho contrato, siendo establecido como una excepción en el Código Civil ecuatoriano lo cual no existe en la Legislación colombiana, chilena y mexicana.

“Tanto en Chile como en Colombia, se ha sostenido que la promesa debe constar en escritura pública, en el evento en que el contrato definitivo se debe celebrar igualmente por escritura pública. Sin embargo, la doctrina mayoritaria actual, y la jurisprudencia niegan la viabilidad de esa exigencia” (Oviedo Albán, 2003, pág. 26).

Dejando claro que la promesa de celebrar un contrato debe constar por escrito y en algunos casos por escritura pública, en el caso de faltar alguno de estos dos requisitos el contrato acarrear la nulidad absoluta.

2. Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaren ineficaces.

En esta parte vale decir que el contrato de promesa de compraventa es válido, cuando el contrato de compraventa es eficaz ante la ley y si el contrato de compraventa es ineficaz, también lo es el contrato de promesa, pues no produce obligación alguna.

En resumen, el contrato de promesa crea obligaciones cuando el contrato definitivo es válido y eficaz.

Con lo que se abre diferentes opiniones en cuanto a los requisitos y exigencias que debe contener el contrato de promesa y el contrato definitivo para su validez.

- Algunos se refieren que el contrato de promesa debe cumplir con los mismos requisitos que la ley determina para el contrato definitivo.

- En cambio, que la posición contraria *“sostiene que la exigencia excluye únicamente aquellos contratos posteriores, cuya celebración es definitivamente prohibida por la ley”* (Abeliuk R. , 1971, pág. 49).

Con estos argumentos hay que señalar que el contrato prometido debe ser eficaz al momento de suscribirse la promesa, siendo necesario que el contrato prometido tenga eficacia, que sea jurídicamente lícito y posible, al momento en que se suscribe la promesa.

3. *Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato.*

De acuerdo con el tercer requisito que nos plantea **el artículo 1570 del Código Civil**, para la validez del contrato de promesa es necesario que se fije una época para la celebración del contrato definitivo ya que la promesa supone que las partes no pueden o no quieren celebrar de inmediato el contrato que proyectan y que postergan su realización para un tiempo futuro.

Con lo que se determina dos formas que se puede utilizar para la fijación de la época, una es la introducción de un plazo y la otra es la estipulación de una condición o se puede establecer las dos formas en un mismo contrato sin ningún problema.

Este contrato lo que busca es vincular a los contratantes pero no de forma definitiva, sino más bien de forma temporal mientras se cumple con el objeto del contrato de promesa de compraventa que es la celebración del contrato definitivo, pero la celebración de este contrato no puede extenderse de forma incierta ya que debe existir un tiempo determinado, por ejemplo, el contrato prometido debe celebrarse antes que termine el invierno.

De lo anotado anteriormente podemos decir que el contrato de promesa lo que busca es determinar una época ya sea un plazo o una condición para la celebración del contrato prometido, ya que sin él no generaría ninguna obligación y por consiguiente se produciría la nulidad del contrato.

En este sentido, es necesario realizar un análisis más detallado de la estipulación de un plazo y la estipulación de una condición en el contrato de promesa de compraventa.

La estipulación de un plazo

En el Ecuador el plazo se lo considera como la época que se determina para la celebración de una obligación, con esta aclaración el plazo que se habla en el contrato de promesa de compraventa es suspensivo, ya que se indica el momento mismo en el cual se hace efectivo el vínculo jurídico entre las partes así como también el cumplimiento de la obligación que se derivan del contrato.

En una aclaración más concreta el tratadista **ABELIUK René**, manifiesta que “*en la promesa rige la regla general, y el plazo es normalmente suspensivo, y por excepción resolutoria, cuando las partes así lo convienen*” (Abeliuk R. , 1971, pág. 64).

Como ya lo destaco el tratadista, la promesa tiene un plazo suspensivo, que es indicar el cumplimiento del mismo y si no se cumple con este plazo tomar las medidas necesarias para exigir el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de promesa.

Por lo tanto en el contrato de promesa de compraventa se debe fijar un plazo, que es la época que se fija para el cumplimiento que genera dicha obligación, la cual es celebrar el contrato de compraventa.

Esta circunstancia se ha establecido para que los contratantes sepan cuándo deberá cumplirse el contrato prometido y no queden ligados contractualmente en forma indefinida. Este requisito viene a ratificar el carácter transitorio de la promesa de compraventa; por ello, si faltare el plazo, el contrato deberá ser declarado nulo.

La estipulación de una condición

A la falta de un plazo en la promesa de compraventa se puede estipular una condición o un evento que garantice la época que se fijará para el cumplimiento de dicho contrato.

La principal característica de la condición es la incertidumbre de un acontecimiento que se necesita que pase o no para practicar o no un derecho, por lo que la doctrina y jurisprudencia han realizado un debate en cuanto a la condición de si es determinada o indeterminada esto es, si se sabe o no cuándo va a ocurrir.

En la Legislación Ecuatoriana no se acepta un contrato de promesa de compraventa con un plazo indeterminado porque no se sabe con claridad cuando se va a producir los efectos legales del contrato, así tampoco se acepta una condición de plazo indeterminado porque no se sabe con claridad cuando va a ocurrir el hecho futuro del cual depende el cumplimiento de la obligación para la celebración del contrato definitivo.

Por esta razón el plazo o la condición indeterminada no cumplen con el requisito que se establece el Código Civil ecuatoriano para que una promesa de compraventa sea válida, dejando al plazo o condición determinada como la única solución que cumple con lo establecido en el numeral tercero, del **artículo 1570** de mencionado cuerpo legal, determinando la época en que se ha de celebrar el contrato definitivo.

4. Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

Respecto del alcance de la palabra “*especificar*”, se ha creado diversos criterios pero tomaremos el más acertado en cuanto al significado que nos da el **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española** referente a la palabra “*especificar*”, y dice que es “*Explicar con individualidad algo o determinar de modo preciso*” (Real Academia Española, 2003).

La ley sostiene que el contrato prometido queda suficientemente especificado únicamente con el cumplimiento de las cosas esenciales del contrato definitivo y que puede omitirse en el contrato de promesa de compraventa los elementos de su naturaleza y con mayor razón los accidentales:

“Art. 1460.- se distingue en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

De esta manera se ha sostenido que es necesario que el contrato prometido esté prácticamente incluido en el contrato de promesa de compraventa, ya que sólo así faltaría, para ser perfecto, la tradición de la cosa o las solemnidades del contrato prometido.

De lo escrito anteriormente se desprende que el contrato de promesa de compraventa tiene que ser eficaz y válido, de tal manera que, para casos de incumplimiento se pueda forzar su obligatoriedad por la vía judicial.

De cualquier forma, lo que debe siempre constar en el contrato de promesa de compraventa, para cumplir con el requisito señalado, son los siguientes elementos:

- ❖ “Especificación del contrato prometido;
- ❖ Especificación de las partes del contrato prometido;
- ❖ Especificación del objeto del contrato prometido; y,
- ❖ Especificación de la contraprestación” (Abeliuk R. , 1971, pág. 72).

DE LOS EFECTOS DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA

Haciendo referencia al inciso final del **artículo 1570 del Código Civil**, en donde dice “*concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo previsto en el artículo precedente*”; el contrato al que nos referimos crea una **obligación DE HACER**, el cual es, la de celebrar el contrato objeto de la promesa, siendo este el efecto propio del contrato de promesa de compraventa.

En el contrato de promesa los contratantes: promitente vendedor y promitente comprador, a la vez son acreedores y deudores, en consecuencia las dos partes tienen la obligación de celebrar el contrato definitivo de compraventa, o en su defecto exigir a la parte deudora el cumplimiento del contrato definitivo.

Lo normal sería que la parte deudora cumpla con esta obligación voluntariamente o la parte afectada procederá a la exigencia de la ejecución forzosa de la obligación en los términos que establece el **artículo 1569** del mencionado cuerpo legal, donde le faculta los derechos de una obligación de hacer.

SOLEMNIDADES DEL CONTRATO

Uno de los aspectos importantes dentro de lo que significa la aplicación del Derecho en general, son las llamadas solemnidades, que son los requisitos, condiciones, términos y expresiones que señalan, ordenan y determinan las leyes para que un acto jurídico sea válido y tenga existencia jurídica.

Estas solemnidades, por su propia esencia y naturaleza, son imperativas y de orden público, ya que se encuentran establecidas dentro del ordenamiento jurídico y por ninguna circunstancia, pueden ser soslayadas o evadidas, tanto por los individuos como por aquellas personas que desempeñan cargos públicos, como por ejemplo: los requisitos esenciales enumerados en **el artículo 1570 del Código Civil**, los cuales se refieren a los contratos de promesa, la falta de uno de estos requisitos provocaría la inexistencia del acto.

El autor **PÉREZ Lidebrando**, en su obra magistral dice que:

“Las solemnidades, en general, no son sino requisitos sustanciales y determinantes, que las normas jurídicas les rodea a ciertos actos jurídicos o actos procesales, cuya sola omisión da como resultado la nulidad, o en su defecto no surte efecto legal alguno, aparejado, en todo caso, la nulidad o inexistencia. Tan importante son las solemnidades, que éstas tienen la categoría de insubsanables e imprescindibles” (Pérez, pág. 245).

Dicho en otras palabras las solemnidades son ciertas formalidades o requisitos especiales establecidos por la ley, para la validez de un acto o contrato, de tal manera, que sin ellos no nacen a la vida jurídica y por lo tanto no surte ningún efecto civil.

En la legislación ecuatoriana, el Código de Procedimiento Civil, hace algunas referencias en cuanto a las solemnidades que son necesarios revelarlas a manera de ampliación del tema tratado.

Así el *“artículo 346*, nos habla acerca de las Solemnidades sustanciales comunes a todos los juicio e instancias:

1. *Jurisdicción de quien conoce el juicio;*
2. *Competencia de la jueza o del juez o tribunal, en el juicio que se ventila;*
3. *Legitimidad de personería;*
4. *Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente;*
5. *Concesión del término probatorio, cuando se hubiere alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho termino;*
6. *Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y,*

7. *Formarse el tribunal del número de juezas o jueces que la ley prescribe*”.

De igual manera **el artículo 347**, nos dice que las solemnidades sustanciales en el juicio ejecutivo las siguientes:

1. *“Haberse aparejado a la demanda título ejecutivo; y,*
2. *Sustanciar las excepciones que se propongan dentro del respectivo término.*

El hecho de no ser ejecutiva la obligación será materia de excepción y, consiguientemente, resuelta en la sentencia”.

En el mismo cuerpo legal **el artículo 348** nos habla acerca de las solemnidades sustanciales en el juicio de concurso de acreedores que son:

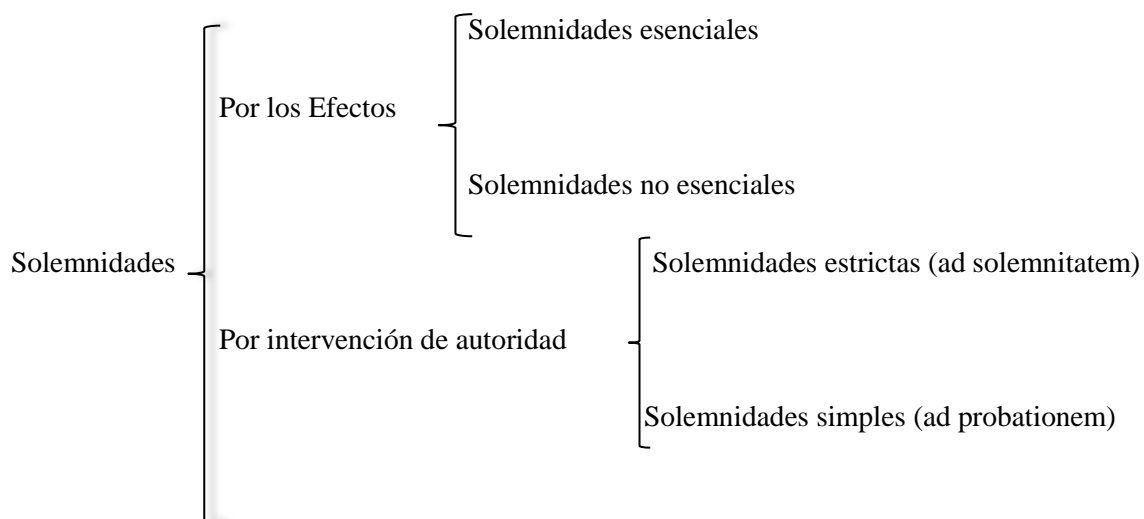
1. *“Haber concurrido, para dictar el auto de formación de concurso, los requisitos determinados en este Código; y,*
2. *Citar, en la forma legal, a los acreedores, para la primera junta”.*

De esta manera quiero resaltar que las solemnidades en general son necesarias en todo acto jurídico o acto procesal por lo que su inobservancia traería como consecuencia efectos jurídicos que las mismas normas legales se encargan de exteriorizarlos.

Creando que las solemnidades se establezcan como un soporte de validez y eficacia para la creación de un acto o contrato, de allí que el respeto a la ley, hace que las solemnidades se manifiesten con mayor fuerza y eficacia y de esta manera hacer cumplir lo establecido en la ley.

Clases de solemnidades

Desde el punto de vista doctrinario hay que mencionar que existen dos clases de solemnidades que son:



ESQUEMA 1

Las Solemnidades esenciales.- son aquellas que se requieren por la ley o por el uso, de modo que su omisión produciría la nulidad de un acto.

Las solemnidades no esenciales.- son aquellas cuya omisión no produce ninguna nulidad.

Las Solemnidades estrictas o “*ad solemnitatem*”.- son aquellas imperativas y de orden público que tienen que observarse en los contratos y que le dan validez y surten efectos jurídicos. Son las que abalizan y dan fe de la existencia de un contrato, originando su ser existencial.

En este caso el contrato de promesa de compraventa tiene las solemnidades “*ad solemnitatem*” en la existencia del contrato mediante escritura pública, es decir, por instrumento público ante un notario el cual da fe de la validez y efectos que produjera el contrato de promesa de compraventa.

Pero a más de ser celebrado el contrato de promesa de compraventa mediante un instrumento público, se constituyen solemnidades “ad solemnitatem” las que dicen tener relación con la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita.

Las solemnidades simples o “ad probationem”.- son aquellas que señalan que las solemnidades previstas en la ley, tienden únicamente a la probanza o mera prueba de lo estipulado en el contrato mas no son determinantes para la existencia de la validez de los contratos. De esta manera hay que tener mucho cuidado, pues se tiene que distinguir bien entre los requisitos que dan existencia de validez al contrato solemne y los que establece la ley como prueba de la estipulación de un contrato.

Un ejemplo claro de solemnidad sería, si una pareja se quiere divorciar administrativamente, debe hacerlo frente al Director de Registro Civil y asentado en libro determinado, pues si se presentan frente a un Notario, aún con voluntad y objeto posible, no se podría dar el divorcio, puesto que el elemento solemnidad no se cumple (en tal caso el notario no es la persona facultada para realizar el acto).

Efectos de las solemnidades

Las solemnidades como se ha podido anotar anteriormente, son formas y requisitos que no pueden por ningún motivo ser transgredidos, por lo que produciría la alteración en su esencia y en el ser existencial del contrato, ya que sin las solemnidades no se perfeccionaría el acto jurídico.

El efecto fundamental y destacable de las solemnidades es que los contratos adquieran validez jurídica y surtan los efectos legales; así el contrato de promesa de compraventa, una vez que ha sido celebrado por escritura pública indiscutiblemente nacerá a la vida jurídica y producirá sus respectivos efectos civiles tanto en lo inherente al promitente comprador como al promitente vendedor de la cosa.

Se tiene el criterio, debidamente fundamentado, en cuanto a las solemnidades ya que el único propósito que persigue es la convalidación de los actos de la voluntad, de revalidarlos frente a terceros y, más que todo dotarles de legalidad y jurisdicción. Las solemnidades son hasta cierto, convencionalismos sumamente rigurosos, pero extremadamente necesarias.

PARTES QUE INTERVIENEN DENTRO DE UN CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA

Dentro de este tipo de contratos intervienen dos partes que son de suma importancia para la celebración del acto jurídico, los cuales se obliga a celebrar el contrato futuro, a estos se los denomina promitentes y a esta palabra se le agrega el nombre del respectivo contratante, por ejemplo, (promitente-comprador, promitente-arrendatario, etc.), y a la otra parte se le denomina beneficiario o promisorio. Cuando el contrato es una promesa bilateral a las dos partes se las reconoce como promitentes.

Según el **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española**, el término promitente es como un adjetivo que permite calificar a aquel o aquello que promete alguna cosa. El concepto, por lo tanto, está vinculado a prometer.

En este sentido, es necesario mencionar que este verbo se encarga de garantizar algo o se compromete a realizar alguna acción, por lo que la manifestación de dicha voluntad se la reconoce como una promesa.

En el ámbito jurídico encontramos este término cuando celebramos un contrato de promesa en el que una o ambas partes se comprometen a celebrar el contrato prometido, dentro de un cierto plazo o condición.

En este contexto, el promitente es la persona que manifiesta su compromiso para la celebración del contrato prometido, pero siempre y cuando dependiendo de qué tipo de contrato

de promesa se vaya a celebrar, en este caso, se denominara promitente comprador y promitente vendedor ya que el tipo de contrato es una promesa de compraventa.

- **EL PROMITENTE COMPRADOR.**- es toda aquella persona que se compromete a comprar el bien o cosa vendida.
- En cambio que el **PROMITENTE VENDEDOR**, es toda aquella persona que se compromete a entregar la cosa o el bien vendido.

De esta manera, queda resaltado que tanto el promitente vendedor como el promitente comprador son las personas esenciales dentro de un contrato de promesa de compraventa, por lo que existen derechos y obligaciones relacionados con el vínculo contractual entre los promitentes, ya que si uno de los promitentes finalmente rechaza la celebración del contrato futuro, el otro promitente está habilitado para iniciar cualquier acción legal en su contra.

CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA

Las clausulas son las disposiciones que se establece dentro de un contrato como parte integrante del acto jurídico de que se trata.

El tratadista **OSSORIO Manuel**, complementa este tema al decir que “*las cláusulas no son independientes unas de otras, sino que todas ellas forman un conjunto, que es la esencia del documento en que se hallan insertas, se han de interpretar las unas por medio de las otras, atribuyéndole a cada una el sentido que resulte de la totalidad*” (Ossorio, 2008, pág. 165).

En otras palabras las cláusulas son importantes para la creación de un contrato, ya que sin ellas no se llegaría a plasmar el acto jurídico que se cree o se supone se va a realizar, pero las cláusulas no actúan independientemente siempre tienen que tener relación unas con otras, para ser comprendidas de forma conjunta en un contrato.

Dentro del contrato de promesa de compraventa encontramos cuatro tipos de cláusulas: las esenciales, las naturales, las accidentales y las de estilo; de este tipo de cláusulas las más importantes y que nunca deben faltar dentro de un contrato de promesa de compraventa son **las cláusulas esenciales** ya que la falta de estas produciría la inexistencia del contrato de promesa.

En cuanto a **las cláusulas naturales** se puede manifestar que aunque no se las consideren como esenciales se sobreentiende que no es necesario incorporarles por medio de una cláusula especial, porque por disposición de la ley ya están incorporadas.

En cambio, que **las cláusulas accidentales** son aquellas que se las establece por intermedio de una cláusula especial y que sólo a voluntad de las partes podrán establecerse, como por ejemplo: la forma de pago, condiciones de entrega de la propiedad, etc.

Y por último **las cláusulas de estilo**, siendo este tipo de cláusulas producto de la tradición que sin ser indispensables en la formación del contrato se establecen observando la preparación del profesional del derecho.

*“ Según el tratadista **OSSORIO**, estas cláusulas son meramente formularias y no engendran derechos ni obligaciones, ni sirven para la interpretación del contrato, mientras que otros autores afirman que las cláusulas de estilo pueden no ser sólo formularias; por ejemplo, los llamados usos convencionales, cuyo valor jurídico es considerable, precisamente porque sirve de medio de interpretación y de integración del negocio jurídico y también porque esas cláusulas, que se encuentran reiteradamente, al dar a conocer el estilo empleado en un territorio o por un grupo social, sirve para aclarar las palabras ambiguas” (Ossorio, 2008, pág. 168).*

Aparte de las cláusulas mencionadas anteriormente el contrato de promesa de compraventa de un bien inmueble tiene que incluir las siguientes cláusulas:

Objeto

Acordar la obligación de adquirir o enajenar un bien inmueble que debe estar especificado, la determinación del bien no debe generar dudas sobre el bien materia del contrato. Se recomienda incluir datos del certificado del Registro de la Propiedad.

Precio

Establecer un valor por el bien que es materia del contrato. También se podrá establecer una mención de que deberá pagarse un precio, aunque no es necesario que se fije con exactitud.

Plazo

Es la fecha en que ha de ocurrir un acontecimiento natural o voluntario de forma segura y para tener mayor seguridad jurídica es aconsejable acordar el día, mes y año en el cual se va a celebrar el contrato definitivo de compraventa.

Forma y lugar de pago

Se tiene que establecer cómo se va a cancelar y en qué lugar se va a entregar el inmueble. Por ejemplo se puede pagar el total del valor o una parte del costo del inmueble a la suscripción del contrato de promesa o se podría cancelar el valor completo del inmueble al momento de firmar la escritura de compraventa, todo esto depende del acuerdo al que hayan llegado las partes.

CLÁUSULA PENAL

Cuando se realiza un contrato, por ejemplo un contrato de promesa de compraventa para que no se incumpla las obligaciones impuestas por este contrato a las partes, se puede establecer una cláusula en la cual se obliga a la parte que incumple la obligación a cancelar una suma de dinero; a dicha suma se la denomina cláusula penal.

El Código Civil al referirse a la cláusula penal nos dice que *“es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento”*.

En cambio que para el tratadista Manuel Ossorio, *“se refiere al supuesto en que una persona, para asegurar el cumplimiento de un obligación, se sujeta a una pena o multa de retardar o no ejecutar la obligación”* (Ossorio, 2008, pág. 168).

Varios tratadistas chilenos, entre ellos, Enrique Horacio Prieto, Ramón Meza Barros, Arturo Alessandri Rodríguez, definen a la cláusula penal como una evaluación anticipada que las partes contratantes hacen en el contrato de promesa sobre el perjuicio que podría experimentar el acreedor frente al incumplimiento de una obligación.

En cuanto a esta definición se puede resaltar que a la cláusula penal, la toman como un anticipo en cuanto a los perjuicios que puede tener el acreedor en casos de incumplir con la obligación.

En los contratos de promesa de compraventa se ha hecho muy común, por no decir necesario la utilización de la cláusula penal, siendo la forma más adecuada para asegurar el cumplimiento de la obligación de celebrar el contrato definitivo, la inclusión de esta cláusula se da por la voluntad de la partes.

La cláusula penal puede ser aplicada en cualquier contrato, por lo cual podemos señalar que es una clausula accesoria de aplicación general, que sirve para garantizar que se cumpla con una obligación.

Cuando la obligación no se cumple se aplica la cláusula penal ya sea de forma extemporánea o parcial, por parte del promitente comprador o del promitente vendedor, esto para garantizar el perjuicio que se produciría y que será subsanado por medio de una indemnización que debe constar en la cláusula penal.

Como se ve, la cláusula penal, es emanada por la voluntad de las partes, quienes en el ejercicio de la libertad de contratar que el Código Civil reconoce a los individuos y en base al principio de la autonomía de la voluntad, se fijan en el contrato el monto de los perjuicios que el acreedor ha de experimentar con el incumplimiento de la obligación, por ejemplo: cuando en un contrato de compraventa para que no se incumpla las obligaciones impuestas por este contrato a las partes, se puede establecer una clausula en la cual se obliga a la parte que incumpla la obligación a cancelar una suma de dinero; a dicha suma se la conoce como clausula penal.

La ley no nos da un tiempo ni un momento en el que se pueda pactar la cláusula penal, por eso podemos decir que la cláusula penal puede establecerse al tiempo de formar el contrato, cuya obligación se quiere asegurar, o con posterioridad a la celebración del contrato. Pero con todo, lo más razonable sería que la cláusula penal se deba estipular antes que la obligación se viole o se cumpla imperfecta o tardíamente ya que el único propósito que tiene es asegurar el cumplimiento del contrato de promesa de compraventa.

Es necesario recordar que las clausulas penales son consideradas como una regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para sancionarlo, prevenirlo o para indemnizarlo. La ley menciona que las partes de un contrato, en base a la libertad de contratar, pueden incluir algunas estipulaciones para el cumplimiento de los contratos, las mismas que se las conocen como clausulas penales.

En la cláusula penal se reconocen perfectamente cuatro objetivos bien diseñados, constituyéndose al mismo tiempo en las ventajas o utilidades que en el Derecho ofrece esta institución. Ellos son:

1. Evita la determinación de los perjuicios por el juez, determinación esta última como se ha dicho, no corresponde en la mayoría de los casos a la realidad, y por lo cual el acreedor se ve perjudicado por dicha determinación.
2. El acreedor queda exonerado del peso de la prueba de los perjuicios por él experimentados. El acreedor que cobra perjuicios debe probarlos, debe justificar por los medios probatorios cuáles son los perjuicios experimentados. La cláusula penal ahorra todo eso, las partes convienen en el monto de los perjuicios, y acreditada por el acreedor la existencia de la obligación, acreditando que el deudor no ha cumplido, el juez deberá condenar al deudor al pago de los perjuicios estipulados, sin que pueda alegar que la inejecución de la obligación no le ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.
3. La cláusula penal es medio que garantiza el cumplimiento de una obligación; es una amenaza para el deudor, en caso de incumplimiento de una obligación se someterá a una pena, de aquí el nombre de cláusula penal.
4. La cláusula penal le da al acreedor en ciertas obligaciones una acción que sin la cláusula penal el acreedor no la tendría, otorgándole algunos beneficios frente al incumplimiento de una obligación; al existir una obligación natural el acreedor no podría exigir el cumplimiento unilateralmente en caso de incumplimiento por parte del deudor, pero si existe una cláusula penal, en la cual existe una penalidad el acreedor puede exigir que se ejecute las estipulaciones de dicha cláusula.

En un contrato de promesa es muy difícil establecer los perjuicios causados por el incumplimiento de este contrato, mucho más si dicha determinación la realiza un juez, ya que este sufre de una visión exacta del daño que causa al acreedor el incumplimiento de la obligación e inclusive los Tribunales de Justicia se demoran mucho tiempo al emitir una sentencia en cuanto a este tema.

Para evitar estos inconvenientes las partes deben establecer una cláusula penal de acorde a la necesidad de los contratantes y establecer de manera clara cuál es el perjuicio ocasionado por el incumplimiento de la obligación principal.

Entonces en la promesa de compraventa las partes pueden fijar la cláusula penal, como un pacto accesorio para asegurar el cumplimiento de una obligación, en el caso de este contrato es para asegurar que se cumpla con el objetivo de esta obligación, es decir la suscripción del contrato de compraventa definitivo.

Jurisprudencia

La ex Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, se ha referido a ellas, y por ser explicativa de los temas que analizamos, se transcribe el siguiente párrafo a saber:

“Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad”.

“Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejara de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato”. **(Sentencia del 23 de Mayo de 1996, Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo, Expediente No. 4607).**

Del párrafo transcrito tenemos que decir que la cláusula penal cumple variadas funciones, como la de ser una tasación anticipada de los perjuicios, o la de servir como una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinados contratos.

“Pero pese a la denominación tradicional y también a la práctica que suele insertar en el contrato en que se contrae la obligación principal, lo cierto es que la cláusula penal no es propiamente una mera cláusula contractual, sino, como ha reconocido la doctrina contemporánea, un propio contrato, cuya finalidad es establecer una prestación de cargo de quien incumpla la obligación principal. Normalmente, se reconocen tres funciones que justifican y dan relevancia a esta institución; la garantizadora (asegura el incumplimiento), la resarcitoria (avalúa anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento) y punitiva (contempla una pena privada que debe sufrir el deudor incumplidor) (Corral Talciani, 2009).

Con esto quiero manifestar que la cláusula penal tiene como única finalidad la de ser una apreciación anticipada de los perjuicios, y solo mediante pacto expreso e inequívoco cumple con la finalidad de servir de apremio o de garantía.

La cláusula penal accesoria

La cláusula penal es accesoria, ya que el objetivo primordial es tutelar y garantizar el cumplimiento de la obligación principal.

De tal manera, que podemos establecer dos circunstancias en cuanto al carácter accesorio de la cláusula penal.

- a) Por una parte esta lo que nos establece el **artículo 1552 del Código Civil**, que dice en su primer inciso que: *“La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal”*. Tomando como punto de referencia que la suerte de lo accesorio sigue el camino de lo principal pero por ningún motivo la suerte de lo principal sigue el camino de lo accesorio.

En cambio que en el inciso segundo y tercero del mismo artículo se menciona que:

“Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona.

“Lo mismo sucederá cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido”.

Por lo cual, algunas personas piensan que la cláusula penal no es accesorio, ya que aseguran obligaciones perfectamente válidas entre las personas que lo contrajeron y acceden a esas obligaciones, teniendo estos dos incisos referencia con el artículo 1466 y 1465 del Código Civil.

El artículo 1466 del Código Civil, nos dice:

“Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa”.

Tomando en cuenta que siempre debe existir una ratificación de esta persona para que la promesa de compraventa sea válida y la obligación principal que va a nacer de este contrato, en caso contrario, de no existir la ratificación se procederá a una acción de perjuicios.

En cambio que **el artículo 1465 del Código Civil**, se refiere a que:

“Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo

estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él”.

De tal manera, que como nos señala este artículo el único llamado a demandar lo que se estipulo en la promesa de compraventa es el tercero beneficiario en el contrato y si en este existiere una clausula penal se podrá exigir el cumplimiento de lo establecido en la cláusula penal que se encuentra dentro del contrato de promesa de compraventa.

- b) La segunda circunstancia es si la pena será divisible o indivisible según lo sea la obligación principal, consecuencia que se deriva por ser la cláusula penal accesorio.

Temas que son tratados en **el artículo 1556 y 1557 del Código Civil:**

“Art. 1556: Cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo que la obligación principal, se divide entre los herederos del deudor, a prorrata de sus cuotas hereditarias. El heredero que contraviene a la obligación incurre, pues, en aquella parte de la pena que corresponde a su cuota hereditaria; y el acreedor no tendrá acción alguna contra los coherederos que no han contravenido a la obligación.

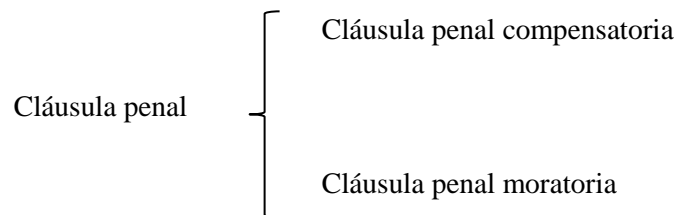
Exceptuase el caso en que, habiéndose puesto la cláusula penal con la intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago, uno de los herederos ha impedido el pago total. Podrá entonces exigirse a este heredero toda la pena, o a cada uno su respectiva cuota, quedándole a salvo su recurso contra el heredero infractor.

Lo mismo se observará cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa indivisible”.

El **artículo 1557 del Código Civil**, en cambio se refiere a que la hipoteca es indivisible y que por tal razón se puede asegurar la pena con una hipoteca, de manera que este artículo

expresa que: “Si la pena estuviere asegurada con hipoteca, podrá perseguirse ésta por toda la pena, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiera lugar”.

Tipos de cláusula penal.



ESQUEMA 2

La **cláusula penal compensatoria** pretende realizar una función para evaluar los perjuicios del incumplimiento total o parcial de la obligación y **la cláusula penal moratoria** tiene por finalidad asegurar los perjuicios del retardo en el cumplimiento.

Esta clasificación debiera, a nuestro juicio, perfeccionarse, teniendo en cuenta la diferente naturaleza de los perjuicios que pueden ser resarcidos a través de la cláusula penal y los intereses del acreedor que la cláusula pretende tutelar (Corral Talciani, 2009, pág. 8).

Hay que señalar que la cláusula penal que se aplicaría en los contratos de promesa de compraventa es la de carácter moratorio, ya que el objetivo fundamental que persigue este tipo de contratos, es la de celebrar el contrato definitivo, por lo cual el acreedor en caso de incumplimiento por parte del deudor, buscara que se cumpla la obligación principal.

Y si en el contrato de promesa de compraventa se establecería una clausula penal de carácter compensatorio, el acreedor solo perseguiría el pago de la multa o pena, dejando a un lado el cumplimiento del contrato de compraventa, que es el fin que tratan de alcanzar los

contratantes con este tipo de contratos, de manera, que si se buscaría solo el cumplimiento de la pena, habríamos perdido la esencia para la cual fue creado este contrato.

Lo usual sería que los deudores cumplan con las obligaciones a las que se han comprometido, suscribiendo el contrato definitivo con el acreedor, quien tiene derecho a exigirlo. Efectuado el contrato definitivo se extingue la obligación y termina normalmente el contrato, aplicando en tal sentido, una cláusula penal de carácter moratorio.

Debemos establecer que si en el contrato de promesa de compraventa no existiera esta cláusula penal, no hubiera cumplimiento y por ende se produciría grandes problemas al momento de la celebración de este contrato, pero hay que recalcar que incluso con esta cláusula, existen problemas entre las partes, que la única solución sería estipular una multa elevada para poder asegurar la celebración del contrato definitivo.

Domicilio de las partes contratantes

Se distingue entre el concepto de residencia, el lugar de morada efectiva y el domicilio, que exige, además del hecho materia de la residencia, el ánimo de permanencia en ese lugar.

El tratadista **OSSORIO Manuel**, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, cita a Busso, en donde menciona que el “*domicilio es el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona, para la producción de efectos jurídicos* (Ossorio, 2008, pág. 344).

En otras palabras el domicilio, es el lugar en donde las partes contratante van a realizar el acto jurídico o la celebración del contrato.

Saneamiento en el caso de evicción

Se debe establecer el sometimiento al saneamiento por evicción en caso de existir.

Gastos y Honorarios

Las partes contratantes de común acuerdo establecen el pago de gastos y honorarios que generaría la celebración del contrato de promesa de compraventa.

Sometimiento

Se debe establecer en caso que surja algún tipo de controversia sobre este contrato, que juzgado tiene la competencia para resolver sobre el litigio causado por esta obligación.

De esta forma podemos mencionar que todo contrato de promesa de compraventa siempre debe contar con estas cláusulas para que tenga el valor legal necesario y que la legislación ecuatoriana lo reconozca como tal, por cumplir con todos los requisitos que determina la ley.

Ya que este género de obligaciones adquiere especial importancia dentro de la utilización de los ecuatorianos, especialmente cuando tienen que ver con una promesa de compraventa de bienes inmuebles para lo cual sería necesario que este contrato cuente con cada una de las cláusulas que nos determina nuestro ordenamiento legal, para de esta manera respaldando el cumplimiento de la misma.

CAPÍTULO III

EFFECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA

Definiciones

ANDRADE BARRERA Fernando, define al incumplimiento como algo que no se ejecuta o no se lleva a efecto lo pactado, lo prometido o lo obligatorio. También es infringir, violar un pacto o una norma legal. Quebrantamiento de un contrato o falta de pago de una obligación **Fuente especificada no válida..**

En cambio que para **OSSORIO Manuel**, el incumplimiento es la “*desobediencia de órdenes, reglamentos o leyes, por lo general de modo negativo, por abstención u omisión, al contrario de los casos de infracción o violación o una inejecución de obligaciones o contratos*” (Ossorio, 2008, pág. 487).

Para **FUEYO LANERI Fernando**, el incumplimiento es “*aquella situación antijurídica que se produce cuando, por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el derecho contra aquél para imponerle las consecuencias de su conducta*” (Fueyo Laneri, 1964, pág. 229).

En otras palabras el incumplimiento es algo que no se ha llevado a cabo ya sea por desobediencia de una ley o falta de cumplimiento de una obligación, tal como podría suceder en el contrato de promesa de compraventa, en donde una de las partes no cumple con los plazos establecidos o incumple en la celebración del contrato definitivo que es objeto principal de la realización de este tipo de obligaciones.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA

GÓMEZ POMAR Fernando, refiriéndose al incumplimiento de un contrato, dice que *“puede entenderse como el resultado de combinar dos elementos conceptualmente diversos: la materialidad del incumplimiento o falta de cooperación (en amplio sentido) del contratante y la imputación de tal incumplimiento a una de las partes contractuales”* **Fuente especificada no válida..**

En la promesa de compraventa existe incumplimiento *“Si la obligación esencial que emana el contrato de promesa es la de otorgar el contrato definitivo, habrá incumplimiento si no se otorga en la oportunidad convenida el contrato prometido”* (Abeliuk R. , 1983, pág. 85).

De los criterios antes expuestos, podemos resaltar que el incumplimiento de un contrato trae consigo una serie de efectos, como la compensación en dinero por no haber cumplir con el mencionado contrato, la indemnización por daños y perjuicios, entre otros, pero esto de manera general.

En el contrato de promesa de compraventa puede nacer un incumplimiento voluntario o involuntario, definitivo o temporal, total o parcial, imputable o no al deudor, pero siempre que se determine cuáles fueron los motivos del incumplimiento para fijar el grado de culpa o responsabilidad del deudor, la misma que tiene como objetivo fundamental, el cumplimiento de una obligación de hacer, llegando a materializarse en el contrato de compraventa, pero siempre y cuando las partes contratantes comparezcan de forma libre, voluntaria y en unidad del acto a celebrarse, logrando que el contrato de promesa de compraventa se extinga con la celebración del contrato definitivo.

Una vez extinguido el contrato de promesa de compraventa, nace el contrato de compraventa, el mismo que goza de autonomía y valor propio, desde su suscripción no tiene ninguna relación con el contrato de promesa por que este tiene otra finalidad que ya se cumplió, hay que señalar también que al momento de la suscripción del contrato definitivo se hace efectivo el pago del bien que se adquirió, como consta en las reglas generales del contrato.

Los modos de extinguir las obligaciones que constan en **el artículo 1583, del Código Civil**, pueden ser aplicados también en los contratos de promesa de compraventa para la extinción de dicha obligación.

En tal sentido una promesa de compraventa puede extinguirse:

“Por la convención de las partes interesadas; por la solución o pago efectivo; por la novación; por la transacción; por la remisión; por la confusión; por la pérdida de la cosa que se debe, no imputable a culpa o hecho del deudor; por la declaración de nulidad o por rescisión; por el cumplimiento de la condición resolutoria y por la prescripción” (Código Civil Ecuatoriano, 2010, art. 1583).

Así como también la obligación que nace de la promesa de compraventa, que en este caso sería el contrato de compraventa, puede extinguirse por la resolución del contrato, en materia de incumplimiento de la promesa.

En caso de existir un incumplimiento del contrato de promesa de compraventa, el acreedor tiene la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación, solicitando ante el juez que se obligué al cumplimiento del contrato definitivo por parte del deudor que no cumplió con la suscripción del contrato prometido.

Y si el deudor no cumple con la suscripción del contrato definitivo, el juez tiene la facultad de suscribir el contrato definitivo en sustitución del deudor. Y en caso de existir una imposibilidad para el otorgamiento del contrato definitivo, el acreedor mediante sentencia judicial obtendrá la cancelación de la multa interpuesta en la cláusula penal.

Jurisprudencia

La Corte Nacional de Justicia, nos menciona que *“de acuerdo con el artículo 1569 del Código Civil, cuando la obligación se constituye en mora, podrá pedir el acreedor junto con la indemnización de la mora, que se autorice para hacerla ejecutar por un tercero a expensas del deudor, o que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato; la demanda se encuentra dentro de éste ámbito y se circunscribe a que se autorice hacerla ejecutar por un tercero, que según el artículo 440 inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, es el Juez de Primera Instancia...”*(Sentencia del 18 de Enero de 2013, Ponente Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Proceso N° 461-2010).

Hay que mencionar, que el acreedor aparte de pedir cualquiera de las condiciones antes expuesta, puede exigir el pago de la mora establecida en el contrato de promesa de compraventa, quedando justificado el incumplimiento de un contrato de promesa ante la persona afectada.

Para tratadista **LARREA HOLGUÍN Juan**, en el Ecuador, tenemos una obligación de hacer que *“si el deudor se resiste a cumplirla el acreedor (el comprador en este caso), puede escoger entre pedir que se le autorice para que la ejecute un tercero a expensas del deudor, o que el deudor le indemnice por el incumplimiento”* (Larrea Holguín, 2001, pág. 34).

Quedando claro que cuando existe un incumplimiento de un contrato de promesa de compraventa siempre existe un deudor que no cumplió con la obligación y un acreedor que busca el cumplimiento de esa obligación, basándose en lo estipulado en **el artículo 1569 del Código Civil** donde nos menciona que:

“Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya:

1. *Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor; y,*
2. *Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”.*

Estableciéndose en este artículo, las dos posibilidades que tiene el acreedor para hacerle cumplir al deudor la obligación principal, pero siempre y cuando el deudor se encuentre en mora, para así poder aplicar de forma viable cualquiera de los dos casos que nos determina el artículo señalado.

Un deudor se encuentra en mora, según **el artículo 1567 del Código Civil:**

1. *“Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que requiera al deudor para constituirle en mora;*
2. *Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,*
3. *En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.*

En los contratos de promesa de compraventa es necesario reconvenir judicialmente al deudor en mora en los siguientes casos:

- Cuando ninguno de los otorgantes ha cumplido en el tiempo establecido en el contrato;
- Cuando se ha establecido un plazo para exigir el otorgamiento del contrato definitivo;
- Cuando se establece en el contrato de promesa de compraventa , la cláusula penal; y,
- Cuando se ha establecido una condición que determina la época del otorgamiento del contrato definitivo.

Siendo indispensable en estos casos que exista una reconvencción judicial para declararlo en mora al deudor que incumplió con la obligación.

También para que una resolución del contrato de promesa de compraventa sea viable es conveniente que exista una reconvencción judicial, excepto que las partes de común acuerdo establezcan dentro del contrato, que en caso de incumplimiento de la obligación, la resolución del mismo se producirá de forma automática.

ACCIONES PROCESALES PARA EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA.

Antes de entrar al estudio de las acciones que se derivan del incumplimiento del contrato de promesa de compraventa, es conveniente realizar una síntesis del incumplimiento de dicha obligación.

Con esto podemos decir que una vez que el deudor este constituido en mora, el acreedor puede pedir dos cosas a conveniencia suya; que se le autorice a un tercero para que pueda cumplir la obligación en ausencia del deudor o que mediante resolución se le indemnice los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la obligación pero aparte de esto puede exigir el pago de la mora establecida en el contrato de promesa de compraventa.

Una vez expuesta esta síntesis podemos decir que en la legislación ecuatoriana existen dos acciones procesales que puede seguir el acreedor en contra del deudor que fue declarado en mora, estas son:

- La acción o juicio ordinario; y,
- La acción o juicio ejecutivo.

Por cuanto el tráfico jurídico se nutre de contratos válidos y no de acuerdos fallidos, debe propenderse al cumplimiento de los contratos antes que a su resolución, siempre y cuando las partes no sean perjudicadas por la demora y en tal caso ser debidamente indemnizada por los perjuicios resultantes.

Acción ordinaria

El juicio ordinario “*es un proceso declarativo, de conocimiento o juzgamiento, implica que existe un derecho incierto, que debe ser declarado, después de las pruebas aportadas por las partes, a través de una sentencia. El proceso de cognición determina que el juez debe decidir el derecho, implica que esa incertidumbre jurídica, se llegue a una certeza jurídica a través de la sentencia. El proceso tipo declarativo es el proceso ordinario*” **Fuente especificada no válida..**

El incumplimiento de un contrato de promesa de compraventa, por lo general se ventilan en juicio ordinario, excepto que tenga un trámite especial, esto tiene concordancia con lo que determina **el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil**, donde manifiesta que “*toda controversia judicial, que según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario*”.

La Legislación Ecuatoriana no nos determina que acción se debe seguir en caso de incumplimiento de un contrato de promesa de compraventa, por lo tanto al no existir un trámite especial determinado es aplicable el juicio ordinario, ya que las normas legales que encontramos en el Código Civil son muy pocas para la aplicación del contrato de promesa de compraventa.

De esta manera podemos decir que la ley establece varias circunstancias a las cuales el acreedor puede acceder en caso de existir incumplimiento del contrato de promesa de compraventa en vía ordinaria:

1. Cuando existe una promesa de celebrar un contrato por escrito y que no haya sido reconocida judicialmente;

2. En el caso que exista una acción resolutoria, siempre se ventilará en la vía ordinaria, cuando uno de los contratantes incumpla con lo pactado en el contrato de promesa de compraventa;
3. Toda acción que se deriva del incumplimiento de una promesa y que busca la indemnización de perjuicios, se ventilará por la vía ordinaria, ya que la indemnización de perjuicios por lo general no es líquida y la ley no establece una forma especial para reclamar en caso de que se suscite una controversia judicial; y,
4. En caso de existir nulidad de un contrato de promesa de cualquier clase que señala la Ley, la restitución de las prestaciones anticipadas, ya sea en todo o en parte de ella, será reclamada por vía ordinaria.

Jurisprudencia

La Corte Nacional de Justicia, nos manifiesta que *“la nulidad en nuestra legislación es de dos tipos, la absoluta que proviene de alguna de las causas previstas en los primeros incisos del artículo 1698 del Código Civil, a saber objeto o causa ilícita, omisión de requisitos o formalidades necesarias para el valor del acto o contrato en consideración con su naturaleza o intervención de personas absolutamente incapaces, su presencia genera la nulidad del acto o contrato; puede alegarse por todo aquel que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida; debe ser declarada de oficio por el juez cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato (artículo 1699). Son nulos de nulidad relativa aquellos actos o contratos en cuya celebración se ha omitido alguno de los requisitos exigidos por la ley en consideración al estado o calidad de las personas que intervienen en ellos, como cuando su consentimiento está viciado por error, fuerza, dolo o lesión, o en actos o contratos en los que intervienen personas relativamente incapaces, cuando se omite algún requisito relativo a su persona; puede sanearse por el transcurso del tiempo o por ratificación de las partes; y da derecho a la rescisión del acto o contrato...”*(Sentencia del 28 de febrero de 2013, Ponente Dra. María Rosa Merchán, Expediente N° 465-2011).

En caso de seguir el incumplimiento de un contrato de promesa de compraventa por la vía ordinaria, la parte afectada tendrá que aplicar **los artículos del 395 al 412 del Código de**

Procedimiento Civil, en donde se encuentra normado el procedimiento y trámite que deberá seguir en el juicio ordinario.

Acción ejecutiva

Si se pretende exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de promesa de compraventa por la vía ejecutiva, es necesario que la obligación sean ejecutiva, es decir debe constar como un título ejecutivo, en este caso se debe celebrar mediante escritura pública para que sea considerado como título ejecutivo tal como lo establece **el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil**, donde menciona que será considerado como título ejecutivo “ *...la copia o la compulsa autentica de la escritura pública...*” celebrada por los contratantes.

Jurisprudencia

Nos dice que “*...la promesa de celebrar un contrato es una obligación de hacer y por consiguiente es exigible en la vía ejecutiva, tanto más, cuando aparece de título auténtico como es una escritura pública de promesa de compraventa en que se apoya la recurrente. Los promitentes vendedores condicionaron la venta definitiva al pago total y levantamiento de la hipoteca del inmueble de su propiedad, lo cual se demuestra que ha cumplido la promitente compradora habiendo adicionalmente constituido en mora a los promitentes vendedores mediante procedimiento judicial...*”.

Quedando claro que el cumplimiento de las obligaciones emanadas de un contrato de promesa de compraventa se puede exigir por la vía ejecutiva, siempre y cuando se obtenga el título ejecutivo, que en este caso, sería la escritura pública y que dicha obligación sea clara, determinada, líquida, pura y de plazo vencido.

La parte afectada dentro de un contrato de promesa de compraventa puede acceder a la acción ejecutiva en las siguientes circunstancias:

1. Si el acreedor demanda el pago de la multa determinada en la cláusula penal del contrato de promesa, es necesario primero el requerimiento judicial para que se tramite en juicio ejecutivo; y,
2. Si el acreedor demanda el cumplimiento de las obligaciones de la promesa de compraventa, es decir la celebración del contrato de compraventa, siempre que la promesa sea título ejecutivo, en última instancia será el juez quien suscriba el contrato definitivo en representación del deudor.

EFFECTOS DE LOS CONTRATOS ENTRE LAS PARTES

En la Legislación Ecuatoriana, los contratos solo generan derechos personales a diferencia de otras legislaciones como la francesa que crea derechos personales y reales.

Por esta razón, el efecto natural del contrato de promesa de compraventa es obligar a las partes a la celebración del contrato definitivo, creando derechos y obligaciones para cada una de las partes, que se puede cumplir o no.

Son partes u otorgantes del contrato de promesa de compraventa los que intervienen en su celebración por sí o mediante representante. Las partes contratantes son los titulares de los intereses regulados en el contrato; ya que ellas son las que adquieren los derechos y contraen las obligaciones derivadas del mismo.

Frente al cumplimiento de un contrato de promesa tenemos que analizar los derechos y obligaciones que son emanadas de la misma. Y al respecto, la primera obligación del contrato de promesa de compraventa es su esencia la cual es llegar a la celebración del contrato definitivo, ya que se trata de una obligación de hacer.

En esta obligación de hacer las partes pueden incorporar en el contrato de promesa de compraventa otras obligaciones que son calificadas como elementos accidentales que se les

agregan por medio de cláusulas especiales, así como también obligaciones accesorias para asegurar el cumplimiento de la obligación principal.

Por el contrario, el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa llevaría a que el acreedor cuente con alternativas para solucionar el problema que causó el no cumplimiento de la obligación, entre los cuales tenemos:

1. El cumplimiento forzado, por parte del acreedor quien desea que se cumpla el contrato de promesa de compraventa y que se celebre el contrato prometido;
2. Que se autorice para hacerla ejecutar a un tercero, a expensas del deudor; y,
3. Que se le pague la indemnización por los daños ocasionados.

“El contrato arranca su fuerza obligatoria de la voluntad de las partes. Es lógico por consiguiente, que sus efectos queden limitados o circunscriptos a las personas que consintieron” (Meza Barros, 1976).

El Código Civil es claro respecto a los efectos de las partes, en **el artículo 1561**, dice que *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Además que en **el artículo 1562**, menciona que *“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”*.

En nuestro derecho positivo la buena fe impone a las personas el deber de obrar correctamente, de esta manera las partes que intervienen dentro de un contrato de promesa de compraventa tienen que actuar de forma honesta para que la misma sea celebrada, interpreta y ejecutada de manera clara.

EFFECTOS DE LOS CONTRATADOS RESPECTO DE TERCEROS

Los terceros, o sea los que no han intervenido en su celebración ni por sí ni mediante representantes legales, no pueden adquirir derechos ni contraer obligaciones derivadas de un contrato en cual no son parte, salvo en los casos previstos por la ley.

Partiendo de lo anotado en el párrafo anterior se puede decir que tenemos terceros absolutos y relativos.

Los terceros absolutos son aquellos que no intervienen en la celebración del contrato, y que no están ni estarán atados jurídicamente al contrato y a las partes contratantes por tanto no serán afectados y beneficiados por el contrato.

A ellos les es aplicable el adagio latino *res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest*, (los hechos realizados por otros, no pueden perjudicar ni aprovechar a los demás). No es que el contrato no existe para los terceros, lo que sucede es que éstos no puedan aprovecharse ni beneficiarse de la obligación.

Los terceros relativos son aquellos, que estarán o están vinculados jurídicamente a los contratantes. Dentro de los terceros relativos tenemos: herederos o sucesores a título universal y sucesores a título singular.

Al fallecimiento de una persona todo su patrimonio, activa y pasivamente, se trasmite a sus herederos, quienes entran a ocupar el lugar que tenía el causante en la relación jurídica como acreedor o como deudor, ejerciendo los derechos y asumiendo las obligaciones en nombre propio, como titulares de los mismos.

De allí que los herederos o sucesores a título universal, son aquellos que no intervienen en el otorgamiento del contrato, pero no son extraños al mismo ya que estuvieron representados por el causante al momento de la celebración del contrato, los mismos que le sucederán en todos

sus derechos y obligaciones transmisibles y que la ley los faculta, por lo cual los herederos adquieren la calidad de acreedores o deudores según el caso, en las mismas condiciones del causante.

Los herederos en la calidad de sujetos activos suceden a su causante ilimitadamente, en cambio en el sujeto pasivo responde a las deudas o cargas de la herencia solamente hasta donde alcancen los bienes dejados por el de cujus. De esta manera que el contrato suscrito por el causante vienen a perjudicar o beneficiar a sus sucesores.

Los sucesores a título singular son las personas que reciben solamente determinados bienes o se hace cargo de determinadas obligaciones de su causante. Por esta razón, los contratos celebrados por el de cujus no afectan a los sucesores a título singular.

La sucesión a título universal es mortis causa, en cambio, la sucesión a título singular puede ser por acto entre vivos.

MODALIDADES ESPECIALES DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA

“La bilateralidad o unilateralidad del contrato no se refiere al número de partes que intervienen en el mismo sino al de obligaciones que el contrato crea, así como en su estructura” (Arnau Moya, 2009, pág. 217).

Desde este punto de vista, podemos decir que las modalidades encontradas en un contrato de promesa de compraventa, pueden ser unilaterales o bilaterales, esto depende sobre quien recae la obligación.

El Código Civil, en su artículo 1455, menciona que *“el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna...”*, a celebrar el contrato definitivo.

El Diccionario Jurídico de OSSORIO Manuel, dice que el contrato unilateral es *“aquel en que una sola de las partes se obliga hacia la otra, sin que esta quede obligada, como sucede en el contrato de donación”* (Ossorio, 2008, pág. 227), siendo esta definición un complemento adicional a lo que expresa el artículo 1455 del Código Civil Ecuatoriano.

A la promesa unilateral también se la puede conocer como una promesa de venta o una promesa de compra, que no es más que cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna. Por ejemplo, la promesa de compraventa, en donde el promitente vendedor se compromete a vender un bien al promitente comprador, pero el promitente comprador en dicho contrato no se obliga a comprarlo; con este ejemplo, se demuestra que el contrato unilateral se encarga de engendrar obligaciones para una sola de las partes.

Del contrato de promesa unilateral surge un derecho subjetivo singular, el de celebrar el contrato con la sola manifestación de tomarla o ejercerla, de allí que la obligación recae únicamente sobre una de las partes contratantes, la misma persona que puede exigir también el cumplimiento del contrato definitivo.

Complementando **el artículo 1455 del Código Civil**, el contrato bilateral se da *“...cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”* dentro de un contrato.

Dentro de este contrato bilateral o promesa sinalagmática, las dos partes son recíprocamente acreedora y deudora de la obligación de celebrar el contrato, para cuyo cumplimiento ambas deben colaborar. Entre los contratos bilaterales se encuentra a la promesa de compraventa que es reconocida como bilateral cuando las partes se obligan recíprocas, esto quiere decir que por ejemplo, cuando el promitente vendedor se compromete a adquirir un inmueble y el promitente comprador se compromete a adquirir dicho bien, cumpliendo con los efectos para el cual fue creado dicho contrato.

EL CONTRATO DE PROMESA COMO ACTOS PREPARATORIOS

Todo lo que ocurra antes es considerado como *previo*, esto es, anterior al contrato y dentro de las múltiples variedades de aproximaciones entre las futuras partes está la posibilidad de celebrar un acto preparatorio o previo con relación al contrato definitivo.

Tal como lo describe **BONIVENTO JIMÉNEZ**, son “*convenciones celebradas para aderezar un contrato futuro. Su fin es, primordialmente, hacer posible la realización de otro contrato que está sujeto a un evento futuro, cierto o incierto, que las partes han previsto expresamente en el campo de la soberanía de la voluntad privada*” (Bonivento Jiménez, 1989, págs. 7-8).

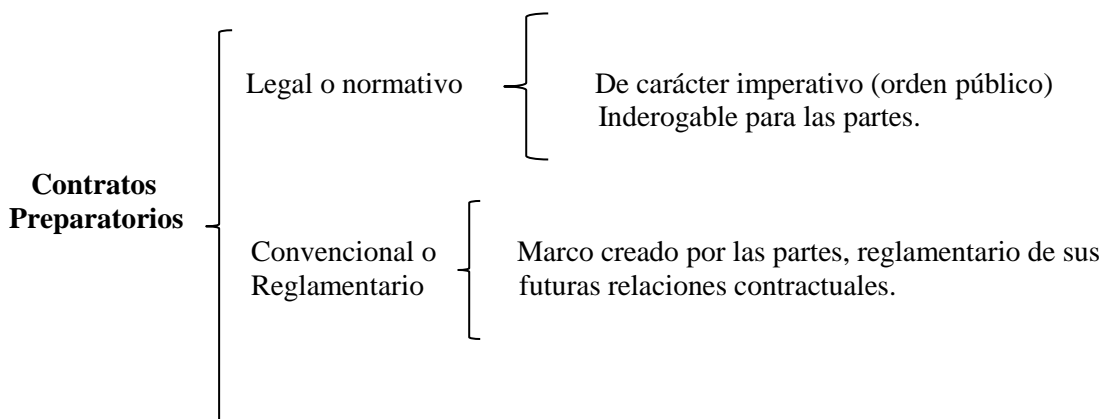
Entonces esto significa que con la utilización de esta especie de contratos se podría preparar la celebración de un contrato posterior entre las mismas partes, tal como sucede en el contrato de promesa, en donde los promitentes tanto comprador como vendedor se obligan a celebrar un contrato determinado en cierto plazo o en el evento de cierta condición.

O como dice **FUEYO LANERI**: “*Es que el resultado económico-jurídico que las partes quieren en ultimo termino, no es realizable de inmediato, sea por un obstáculo legal, sea por la naturaleza de las cosas que exige una espera que puede involucrar un plazo o la certidumbre de una condición*” (Fueyo Laneri, El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano, 1986, pág. 394).

Con esto que demostrado que la promesa de contrato no equivale al contrato mismo que se promete, ya que el único objetivo que tiene es hacer algo, que en este caso sería hacer un contrato futuro, naciendo de él la obligación de hacer.

Pero hay que señalar que el tratadista **GHERSI**, dice que los contratos preparatorios “*son los que hacen referencia al marco o encuadre que deberán tener en el futuro las próximas relaciones a ser celebradas entre las partes, dando las bases necesarias para la realización de los futuros contratos, sin que esto signifique obligatoriedad de celebrar contrato alguno*” (Gheresi, Tratados de los Contratos Civiles, Comerciales, Laborales, Administrativos y de Consumo, 2010).

Este tipo de contratos preparatorios o contratos-marco son susceptibles de ser clasificados en dos figuras distintas:



ESQUEMA 3

Los contratos preparatorios de encuadre normativo son también denominados acuerdos normativos que sirven de marco para futuras negociaciones que celebren las partes, incompatibles con la naturaleza del contrato y que tienen por finalidad crear normas jurídicas, siendo la base de futuros contratos tipo.

En cambio, que los contratos preparatorios de encuadre convencional son de pura creación de las partes que deciden reglamentar sus relaciones futuras pero que no establecen obligación alguna de contratar, sino que manifiestan su voluntad de sujetarse a determinadas normas.

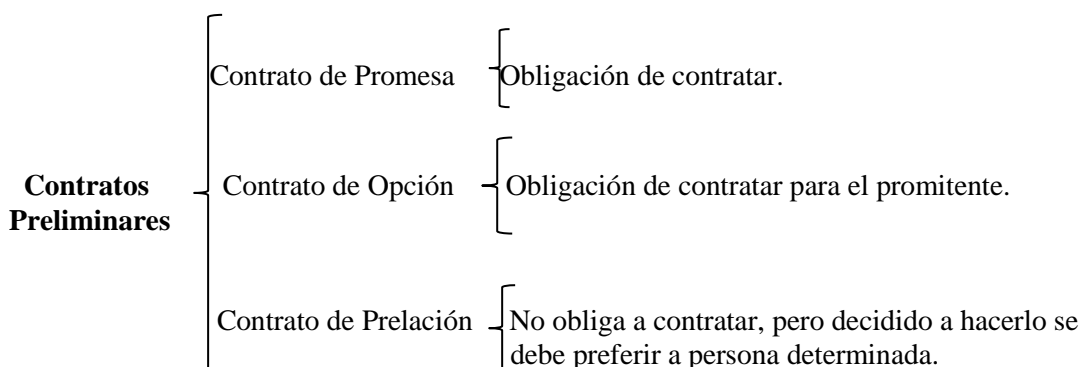
Por lo tanto, el contrato de promesa es considerado como “*un contrato preparatorio general, por el cual, una parte o ambas, se obligan a celebrar otro que ha de ser legalmente eficaz y que se especifica de momento por lo menos en sus elementos esenciales, estipulándose al propio tiempo un plazo o una condición, o ambas a la vez, que fijen su futureidad y concediendo la ley los medios judiciales eficientes para la ejecución forzada*” (Bonivento Jiménez, 1989, págs. 36-37).

EL CONTRATO DE PROMESA COMO UN CONTRATO PRELIMINAR

El contrato preliminar es reconocido como un contrato, es decir, un acuerdo de dos o más partes, generadora de obligaciones y que su tratamiento entre las personas resulta importante para las negociaciones que se realizan a diario en la población.

“Tiene por característica esencial la obligación que asumen las partes de celebrar ulteriormente un contrato definitivo, existiendo ya acuerdo sobre las bases principales del negocio y faltando, en tal sentido, la comunión de voluntades sobre sus aspectos secundarios” (Gherzi, Contratos Civiles y Comerciales, 1998, pág. 459).

De tal manera, que todo lo que ocurre antes es “previo”, esto es, anterior al contrato y dentro de las múltiples variedades de aproximaciones entre las futuras partes está la posibilidad de celebrar un contrato preliminar con relación al final y definitivo, pero siempre sobre la base principal de la obligación que ya se aceptó entre las partes y faltando tan solo la voluntad de las mismas para la aprobación de los aspectos secundarios. Dentro de la doctrina se reconocen tres tipos de contratos que pueden llegar a ser preliminares entre los que tenemos:



ESQUEMA 4

El contrato de promesa es considerado como una institución por la cual las partes se comprometen en el futuro a celebrar un contrato definitivo, la misma que es generadora de una obligación de hacer y que cuyo incumplimiento crea la extinción de dicho vínculo con la pertinente indemnización de daños y perjuicios.

La figura del contrato de opción ha sido creada, básicamente, por el Derecho Francés ya que este no admite la fuerza vinculatoria de la declaración unilateral de las voluntades y que como consecuencia no admite la creación de obligaciones por medio de la oferta.

En necesario recalcar que esta figura faculta a una de las partes a perfeccionar un contrato, si así lo desea, generando de este modo un derecho perfecto en favor del optante pero que su posibilidad de cumplimiento tiene un carácter de opcional.

En importante destacar, que el primero de ellos queda obligado a celebrar el futuro contrato y que el segundo en base a su total libertad tiene la potestad de contratar o no.

El contrato de prelación se asimila al pacto de preferencia que *“consiste en poder recuperar la cosa vendida y entregada al comprador, con preferencia a cualquier otro, en caso de que el comprador quiera venderla. En tal supuesto, el vendedor tendrá que abonar por ella el mismo precio que hubiere ofrecido un tercero”* (Ossorio, 2008, pág. 670).

De esta manera, lo único que tiene relación con estos tres contratos es que son preliminares, tal como lo dice el tratadista LÓPEZ DE ZAVALIA, que el contrato preliminar es considerado como *“un contrato (puro o condicional) jurídicamente contingente, que obliga a la conclusión de otro, contrato (definitivo) que regulara los intereses de las mismas partes sustanciales”* (López de Zavalía, 2000).

Cabe señalar, que el contrato de promesa crea la obligación de contratarse recíprocamente entre las partes, en cambio, que el contrato de opción le faculta a una de las partes para poder perfeccionar un contrato, si así lo desea, y por último, el contrato de prelación o pacto de preferencia que le permite al vendedor recuperar la cosa vendida.

LA MORA DENTRO DE UN CONTRATO DE PROMESA

“La mora es un incumplimiento de la prestación que ha de relacionarse con el tiempo en que ésta ha de cumplirse. En tal sentido amplio, se entiende por mora o demora el retraso en el cumplimiento de la obligación cuando es jurídicamente relevante. De ahí que no quepa la equiparación automática entre retraso y mora, puesto que esta exigirá la concurrencia de toda una serie de requisitos adicionales. En la situación de mora aunque el cumplimiento sea tardío ha de ser todavía posible, puesto que en caso contrario nos encontraremos ante una situación de incumplimiento” (Arnau Moya, 2009, pág. 80).

De lo antes citado es muy importante destacar la mora dentro de un contrato de promesa, puesto que de acuerdo al artículo 1569, es requisito indispensable para que la parte afectada hagan valer los derechos alternativos que dicho precepto le confiere.

Por su parte **OSSORIO**, menciona que la mora es una *“tardanza en el cumplimiento de una obligación”* (Ossorio, 2008, pág. 605).

De modo que en el contrato de promesa, la mora no se aparta de las reglas generales ya que esta se aparece en el momento en que una de las partes incumple la obligación, la misma que llevará a la celebración del contrato definitivo.

De ahí, que la mora es una de las consecuencias de la estructura de las obligaciones sinalagmáticas, en las que como regla general, se exige su cumplimiento simultaneo, salvo que se haya pactado su cumplimiento.

Pero para que exista retraso por parte de una de las personas que intervienen dentro de un contrato de promesa, es necesario que la otra parte haya cumplido con su obligación.

Partiendo de este presupuesto inicial, en el que una parte ha cumplido a tiempo y la otra no, se puede pedir el cumplimiento recíproco o el pago de la indemnización de perjuicios, esto en el caso del contrato de promesa, pero primero debemos establecer cuando se produce la mora en la promesa.

Por esta razón es conveniente citar **el artículo 1567 del Código Civil**, en el cual menciona que “*el deudor esta en mora*:

- 1) *Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;*
- 2) *Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,*
- 3) *En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.*

La primera regla que se cita en el artículo 1567, se basa a la interpelación judicial, que es el requerimiento que se hace a alguien para que pague la deuda pendiente o cumpla alguna obligación, pero hay que mencionar que en la promesa las modalidades son esenciales y una de ellas es el plazo con lo cual sería innecesario el requerimiento judicial.

En cambio, tratándose de una condición para la celebración del contrato definitivo si se requeriría de la interpelación judicial porque no se estima un tiempo determinado sino una época.

“Sin embargo, es preciso efectuar algunos alcances al respecto:

1. *Que no habrá mora si la contraparte, también deudora, no ha cumplido o estado llana a cumplir sus obligaciones;*
2. *Que es fuerza que el plazo haya sido fijado para cumplir dentro de él la obligación, y no como momento inicial para poderla exigir, como si por ejemplo, se ha convenido que el contrato definitivo se otorgará después o una vez que hayan*

transcurrido 3 meses desde la fecha. En tal caso, hay que volver a la regla general de la interpelación judicial;

3. *También se producirá la mora por el solo transcurso del plazo, si no se ha cumplido dentro de él las obligaciones necesarias para el otorgamiento oportuno del contrato prometido u otras convenidas por las partes; y,*
4. *Si se ha convenido un plazo extintivo, aquél de los promitentes por cuyo hecho o culpa no pudo otorgarse el contrato definitivo dentro del término convenido, por lo cual éste quedó extinguido, estará en mora, y deberá soportar la separación del daño” (Abeliuk R. , 1971, págs. 97-98).*

En conclusión, de lo antes mencionado podemos decir que el acreedor podrá denunciar la mora de un contrato de promesa de compraventa, si no se cumple con el plazo establecido, pero siempre y cuando la parte reclamante haya cumplido su obligación o esté dispuesta a cumplirla de inmediato.

Jurisprudencia

Una sentencia de la **ex Corte Suprema de Justicia**, hoy **Corte Nacional de Justicia** sostiene que “*el promitente vendedor no podrá demandar al promitente comprador el cumplimiento de la promesa, antes de cumplir él su obligación y esto no es posible si pesa sobre el inmueble una hipoteca y el gravamen del patrimonio familiar que debían levantarse previamente*” (Sentencia de la 5ª. Sala, López-Ochoa, en Gaceta Judicial XIV, 8, pág. 1759).

En este caso, claramente se establece que el promitente vendedor para poder obligar al promitente comprador a cumplir un contrato de promesa debe el primero cumplir con la obligación determinada y ver que el inmueble no tenga ningún impedimento judicial, de esta manera, la parte afectada podrá demandar la mora del contrato de promesa.

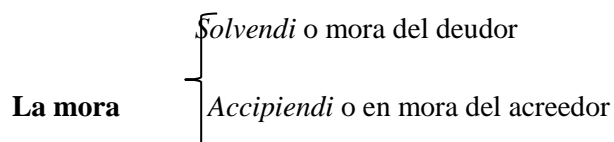
En la segunda regla en cambio menciona que el deudor está en mora cuando no ha entregado la cosa en cierto espacio de tiempo, como por ejemplo, en un contrato de promesa de

compraventa se ha convenido que el contrato de compraventa se otorgue después o una vez que haya transcurrido 2 meses desde la fecha de la celebración del contrato de promesa y que el deudor no se haya acordado o lo haya dejado pasar sin darse cuenta. En tal caso se regresaría a la primera regla que trata de la interpelación judicial.

En la tercera regla que nos establece **el artículo 1567 del Código Civil**, se habla de una reconvencción judicial, que no es más que una contrademanda que hace la parte activa hacía la parte pasiva, en efecto que se fallen ambas pretensiones y, naturalmente ambas oposiciones, en una misma sentencia.

Hay que recalcar que en los contratos bilaterales ninguna de la partes está en mora, cuando dejan de cumplir lo pactado, sino cuando la parte pasiva no cumple la obligación en la forma y tiempo debido.

Clases de mora



ESQUEMA 5

La mora del deudor o solvendi.- consiste en aquel incumplimiento que produce el deudor cuando deja de cumplir con el contrato para la cual se obligó.

OSSORIO Manuel, menciona, que “*la mora del deudor es considerada en el término latín como mora solvendi (mora del pago). Y que es una situación en que se coloca quien deja de cumplir a su vencimiento la obligación que le incumbe, y una vez que ha sido intimado para su cumplimiento por el acreedor. El incursión en mora responde por los daños e intereses. En las obligaciones recíprocas, uno de*

los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir lo que le corresponde” (Ossorio, 2008, pág. 605).

Ahora bien, la mora se puede producir de pleno derecho; es decir, sin necesidad de intimación, cuando se ha convenido que corra desde el día del vencimiento o cuando así lo determine la ley.

“La mora es compatible con el dolo y la culpa, ya que la mora puede tener su causa en la falta de diligencia (culpa) o en la actuación dolosa del deudor. Sin embargo, en este caso de que el retraso haya sido originado por caso fortuito o fuerza mayor, este no será imputable al deudor y por tanto este no podrá ser constituido en mora” (Lasarte Álvarez, 2007).

De esta manera, queda claro que por motivo de un desastre natural, existiera un caso fortuito o de fuerza mayor se produciría un retraso en el cumplimiento de la obligación y por lo tanto la parte deudora no se constituiría en mora ya que no fue un hecho producido por deudor sino por una catástrofe proveniente de la naturaleza.

Requisitos para constituirle al deudor en mora

Según nuestro ordenamiento legal un deudor está en mora:

- 1) *“Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;*
- 2) *Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,*
- 3) *En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.*

El deudor puede evitar la mora formalizando el pago o cumpliendo con el contrato para el cual se obligó de forma libre y voluntaria.

Efectos de la mora del deudor

“El deudor moroso queda obligado:

- a) Cumplir la obligación, ya que la mora no excluye del cumplimiento de la obligación, de modo que el deudor deberá cumplir aunque tardío la misma;*
- b) Indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios que le ocasione el retraso; y,*
- c) Responder de los riesgos, perecimientos y deterioro de la cosa, acontecido tras la constitución en mora, aunque sea por caso fortuito o fuerza mayor” (Arnaud Moya, 2009, pág. 84).*

De modo que, si el deudor se ha retrasado en el cumplimiento y no fue declarado en mora, no tendrá que indemnizar los daños y perjuicios por el retraso producidos por un caso fortuito o de fuerza mayor.

La mora del acreedor o del latín, *mora accipiendi*, que significa (mora del recibir), es la situación en la que se coloca el acreedor que se niega a recibir el pago de su crédito.

Efectos de la mora del acreedor

El Código Civil, no nos establece en que tiempo o en que circunstancia puede estar un acreedor en mora pero *“la doctrina ha establecido que los efectos producidos por la mora de un acreedor son los siguientes:*

1. *La mora del acreedor excluye la del deudor;*
2. *Pasa a cargo del acreedor el riesgo o caso fortuito que pesase antes sobre el deudor; y,*
3. *El deudor puede obtener su total liberación mediante la consignación de la cosa debida”*
(Arnau Moya, 2009, pág. 85).

CUMPLIMIENTO RECIPROCO

Ya se ha insistido en varias ocasiones que dentro de una promesa bilateral ambas partes invisten recíprocamente la condición de deudores y acreedores, la una de la otra, y aún más cuando se trata de un contrato de promesa de compraventa que es la parte esencial para la celebración de un contrato de compraventa.

También se ha dicho que la mora establecida dentro de un contrato de promesa de compraventa es considerada como un requisito indispensable, para cualquier actuación de quien asume el papel de acreedor para exigir el cumplimiento forzoso, la indemnización por los perjuicios ocasionados por el deudor o la resolución del mismo.

Pues bien, de acuerdo al **artículo 1568 del Código Civil Ecuatoriano**, *“ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplir en la forma y tiempo debido”*.

De lo antes citado, se desprende que el acreedor debe cumplir con el contrato prometido aunque sea por sí solo, de tal forma que no es viable pero que de todos modos se debe cumplir con la obligación ya que ella a adquirir una enorme importancia.

En el segundo aspecto, se menciona o que haya estado dispuesto a cumplirlo, punto que ha sido muy debatido y que es posible establecer principios bastantes claros en cuanto a esta parte del artículo 1568.

Para lo cual, citaremos al doctrinario **ABELIUK MANASEVICH René**, el cual sostiene que unos principios bastante claros serían los siguientes:

- 1) *“Si quien exige cumplimiento o indemnización, ninguna actividad específica por su parte ha tenido que desarrollar para que la obligación de otorgar el contrato prometido se cumpliera oportunamente, ni tampoco ha contraído por la promesa otras obligaciones, o ha cumplido las contraídas, creemos que todo el problema de la mora incide en la contraparte, si ésta se ha encontrado en las situaciones señaladas, y ella quedará en mora vencido que sea el termino estipulado;*
- 2) *Si ambas partes tenían obligaciones que cumplir o actividades que desarrollar para hacer viable el contrato definitivo estará en mora el que no cumplió con ello, siempre que la otra parte haya cumplido sus propias obligaciones y haya estado llano al cumplimiento de la de otorgar el contrato definitivo;*
- 3) *Es posible que alguna de las partes deba cumplir determinadas obligaciones al tiempo mismo de otorgarse el contrato definitivo, a fin de que éste se perfeccione; especialmente frecuente es que se haya estipulado todo o parte del precio de la compraventa prometida pagadero al suscribir la escritura correspondiente; y,*
- 4) *Es posible que ninguna de las partes haya cumplido, ya sea en cuanto al otorgamiento mismo del contrato definitivo o de aquellas otras obligaciones indispensable para hacerlo posible, o para su perfeccionamiento. En tal caso no hay mora para ninguno de ellos y se terminaría el contrato de promesa, pero sin indemnizaciones de perjuicio”* (Abeliuk R. , 1971, págs. 99-100).

Al respecto, creo que en la mayoría de las ocasiones el cumplimiento de la obligación no depende exclusivamente de la buena voluntad del deudor, sino que se necesita de la cooperación o colaboración del deudor para que este pueda llevarse a cabo de modo que no se produzca la mora, ya que cuando uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

De acuerdo **al inciso primero del artículo 1569 del Código Civil**, la parte acreedora tiene derecho a pedir la indemnización por mora de la parte deudora, esto es, a la reparación moratoria.

Pero aparte de esto, si así lo desea, el acreedor puede pedir directamente la indemnización de los perjuicios, porque así se establece en el artículo antes citado, o pedir la resolución del contrato de acuerdo con **el artículo 1505**, el cual nos manifiesta que: *“en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.

En el contrato de promesa de compraventa es frecuente que se establezcan cláusulas penales para el caso de no cumplirse la obligación. De modo, que hay que tener cuidado al momento de redactar esta cláusula, pues no hay que olvidar que por regla general, la pena no es exigible conjuntamente con la obligación principal.

El Código Civil en su artículo 1553, es claro en cuanto a la exigibilidad de la cláusula penal, ya que *“antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”.*

Teniendo este artículo concordancia con **el artículo 1559**, de la misma norma legal, en donde establece que:

“No podrá pedir a un tiempo la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”.

De modo que, una vez constituido el deudor en mora solo queda la exigibilidad de la cláusula penal por mora, para lo cual **el artículo 1554 del Código Civil**, nos dice que:

“Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurrirá en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva.

Si la obligación es negativa, el deudor incurrirá en la pena desde que ejecuta el hecho de que se ha obligado a abstenerse”.

De manera que, el acreedor además de las acciones de cumplimiento, tanto de forma específica como por equivalente, dispone de una acción para ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya causado.

TERMINACIÓN DE LA MORA

La mora del deudor cesa cuando:

- 1) El deudor cumple con la obligación;
- 2) El acreedor concede al deudor un nuevo plazo; y,
- 3) El acreedor también incurre en mora, con lo que se compensa la mora del deudor y del acreedor.

Por lo cual podemos decir que la mora dentro de un contrato de promesa de compraventa, es muy esencial para la celebración del contrato definitivo y el cumplimiento del mismo.

CAPÍTULO IV

ÁMBITO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA

EL CONTRATO DE PROMESA DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

El magro tratamiento legislativo sobre la promesa de celebrar un contrato ha hecho que se introduzca de forma imprevista en el **Libro IV, que trata de las Obligaciones en General y De los Contratos, en su título XII, que se refiere a los efectos de las obligaciones, del Código Civil ecuatoriano** de su última publicación de 2005-010, publicado en su Registro Oficial S 46 de 24 de junio de 2005, en el cual se establece una reglamentación breve y limitada, que no garantiza las necesidades y objetivos de los contratantes.

Ya que, en el Ecuador existe un sin número de promesas de compraventa de inmuebles que no se han celebrado por escritura pública, colocándole al promitente comprador en desventaja y sujeto a exigencias ulteriores gravosas, que afectan a la equidad y buena fe.

Causando un tipo de fraude específico cuyo objetivo de tutela penal es proteger al promitente comprador perjudicado ante el incumplimiento del promitente vendedor.

De tal manera, que el uso del contrato de promesa se ha ido extendiendo entre la población, de ahí que ese uso indebido de esta figura jurídica ha contribuido a que se produzca un gran número de procesos judiciales, que muchas veces terminan sin una adecuada resolución que le favorezca a las partes, por lo que no existe una reglamentación clara que se aplique para este tipo de procesos.

Pero que sin duda es necesario, transcribir **el artículo 1570**, que textualmente, dice: *“La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las circunstancias siguientes:*

1. *Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código;*
2. *Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaran ineficaces;*
3. *Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y,*
4. *Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.*

Concurrido estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente”.

En cuanto a este artículo el principio general de la autonomía de la voluntad, menciona que las partes pueden crear cualquier contrato con tal que no vaya contra el ordenamiento público, las buenas costumbres o la ley, precepto que tiene concordancia con la primera parte del **Art. 1570 del Código Civil** donde manifiesta que *“La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna....”*

Luego de lo mencionado este artículo añade *“...Salvo que concurran las circunstancias siguientes; ...”*, para lo cual esta parte tiene dos efectos:

- a) El encabezamiento transcrito en primer término es una disposición imperativa, la promesa si surte efectos siempre que se cumpla los requisitos que señala; y,
- b) La promesa que surte efecto es de excepción. Por ello las circunstancias tienen que cumplirse estrictamente, sin que quepa aplicarlas por analogía.

Los otros requisitos han tenido una larga discusión, desde la naturaleza jurídica misma de la promesa en que si es o no un contrato.

Con esto el autor, **LEAL PÉREZ Hildebrano**, respecto a la promesa de compraventa manifiesta que *“consiste en el acuerdo de las partes contratantes para celebrar posteriormente el contrato de compraventa, bien porque no puede perfeccionarlo al momento o porque simplemente no desean que produzca efectos actuales. Esta promesa es efecto del consentimiento de las partes en relación con el acuerdo resultante del objeto y el precio, solo que por alguna razón prefieren perfeccionar el contrato de compraventa en un término posterior”* (Leal Pérez, 1989, pág. 43).

En la parte ultima del articulo transcrito añade *“concurrido estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente”*.

Para lo cual **el artículo 1569**, que habla de **la obligación de hacer** estipula que *“si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya:*

1. *Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor; y,*
2. *Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”*.

Con lo cual este articulo resalta que el deudor aparte de pagar la indemnización de mora puede pedir al acreedor una de las dos cosas que son el pago de la indemnización de perjuicios o la autorización para que pueda ejecutar un tercero.

CAMPO DE ACCIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA

De acuerdo con las normas del derecho común, en la celebración de los contratos deben cumplirse todos los requisitos para su validez, porque todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y además, deben ejecutarse de buena fe.

Razón por la cual la parte primera del **artículo 1570 del Código Civil**, dispone que *“La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las*

circunstancias...”, de manera, que el encabezamiento escrito es una disposición imperativa, con lo cual el contrato de promesa crea efectos, siempre que se cumpla con los requisitos señalados más adelante en este artículo y al momento de crear efectos produce un carácter excepcional, teniendo que cumplirse estrictamente.

Algunos tratadistas establecen que el contrato de promesa contiene normas de carácter excepcional y prohibitivas, ya que *“dado los términos en que se encuentra redactado, la regla general es que no se acepta la promesa de celebrar un contrato, y por excepción ésta es válida cuando reúne las circunstancias que en el mismo artículo se indican”* (Alessandri Rodríguez, 1976, pág. 142).

Criterio que no es tomado en cuenta porque el contrato de promesa es de carácter especial.

Según **el artículo 1570** podemos puntualizar una prohibición en su texto ya que un contrato de promesa de compraventa que no cumpla con todos los requisitos no será válido.

De tal manera, que el contrato de promesa tiene un campo de acción muy limitado y específico, el cual origina derechos personales encaminados a cumplir con la obligación de hacer, es decir este contrato obliga a las partes a celebrar un contrato definitivo.

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

El contrato de promesa de compraventa origina derechos personales encaminados a cumplir una obligación de hacer, es decir la obligación de celebrar el contrato de compraventa.

Si existieren otras obligaciones dentro del contrato que hayan sido establecidas por las partes de común acuerdo, no serán consideradas como obligaciones esenciales, ni de su naturaleza; si no como obligaciones accidentales ya que fueron pactadas por la voluntad de las

partes y la ley no las señala como elementales para la validez del contrato de promesa de compraventa.

En el contrato de promesa de compraventa los contratantes: promitente vendedor y promitente comprador, que a las ves son acreedores y deudores, se comprometen a futuro realizar un contrato definitivo, que en este caso se refiere al contrato de compraventa, considerado como el elemento fundamental de este tipo de obligaciones.

Tal circunstancia que al celebrar la promesa de compraventa nace la obligación de otorgar el contrato definitivo, de la cual surgen las siguientes características.

Es una obligación de hacer, la misma que está prevista en **el último inciso del artículo 1570 del Código Civil**, en el cual nos indica que si no se cumple con los requisitos establecidos en este artículo, dará lugar a lo que dispone **el artículo 1569 del mismo cuerpo legal**, el cual le faculta a la parte perjudicada a utilizar los derechos de una obligación de hacer y exigir en pos de esos derechos el cumplimiento.

La obligación de otorgar el contrato definitivo es indivisible, por lo cual no se puede exigir que dicha obligación se cumpla de forma parcial, es decir todas las personas interesadas deben comparecer en unidad del acto, al momento de la celebración del contrato definitivo, por ende no pueden exigir su cumplimiento de forma separada sino de forma conjunta.

La obligación de otorgar el contrato definitivo es transmisible a sus herederos cuando fallece uno de los contratantes. Es decir que los herederos asumen los derechos y obligaciones del causante pero siempre que los herederos lo acepten. Se exceptúa la transmisión de la obligación cuando la ley señala como derecho intransmisible.

La obligación de otorgar el contrato prometido es prescriptible, hay que recalcar que no existe una norma específica que nos diga cuándo prescribe el contrato de promesa pero sin embargo este contrato se sujeta a las normas generales establecidas en el Código Civil, en las

cuales encontramos que cuando se realiza la acción ejecutiva para exigir el cumplimiento de la obligación esta prescribe en cinco años, cuando se realiza la acción ordinaria prescribe en diez años contados desde la fecha que se hizo exigible la obligación y si la obligación era exigible en vía ejecutiva y se transformó en ordinaria esta prescribe en cinco años más.

La obligación de otorgar el contrato definitivo es no fungible, pues no puede ser suplantado o cumplida con otra obligación, el único pago valido de este es la celebración del contrato prometido, en las condiciones estipuladas en la promesa de compraventa.

Del contrato de promesa de compraventa nacen las obligaciones tanto para el promitente vendedor como para el promitente comprador.

Esto en cuanto a la obligación de hacer pero existen algunos autores como “*Von Tuhr, Geller, Puig Brutau, Giorgi, Castro y Bravo, que se basan en la tesis del DARE, para pronunciarse en contra de la autonomía jurídica de la promesa de contrato, la naturaleza de las obligaciones surgidas por un pre-contrato de compraventa sobre un bien raíz que radica en un DAR recíproco entre los contratantes, de manera tal que al vencimiento del plazo o al acaecimiento de la condición, el promitente vendedor deberá transmitir el dominio del inmueble al promitente comprador, y este a aquel, cancelar el precio pactado*” (Bonivento Jiménez, 1989, pág. 284).

Pronunciamiento que es erróneo, ya que nuestro **Código Civil en su artículo 1564**, nos dice que una obligación de dar *contiene la entrega de la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contienen, además, la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.*

En otras palabras la obligación de dar tiene como objetivo la entrega de un bien mueble o inmueble por parte del deudor en favor y en provecho del acreedor.

De manera que si en “*la promesa de compraventa el promitente vendedor se obliga a dar el bien y el promitente comprador a pagar el precio, la pretendida promesa de compraventa, al producir para*

las partes las obligaciones propias de la compraventa, no será bajo ninguna consideración un precontrato, pues produjo los efectos del contrato que se prometía” (Toro Zuluaga, 1986, pág. 11).

Ahora, a pesar de que se pacte en el contrato de promesa de compraventa, la obligación de entregar materialmente será un “hacer” y no un “dar”, pues no hay transferencia de dominio, ya que tratándose de este tipo de contrato sus derechos y obligaciones como tal no son los mismos que la compraventa genera, esto es, que la promesa no confiere al promitente vendedor título alguno al pago del precio, ni al promitente comprador título alguno a la entrega de la cosa, efectos que solamente se originará la compraventa en cuanto sea celebrada.

DE LA CESIÓN DE DERECHOS

Esta es una clase de contrato en el cual una persona llamada cedente (acreedor), traslada su derecho a un tercero para que le cobre a su deudor, ese tercero se llama cesionario quien ocupa el lugar del acreedor (cedente) para cobrar la deuda o derecho.

OSSORIO Manuel, sobre este tema señala que es la:

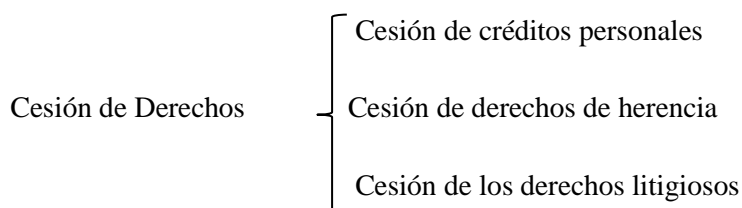
“Transmisión, a título oneroso o gratuito, de cualquiera de las pretensiones, al titular de ellos, sean personales o reales. El cedente está obligado a responder de la legitimidad del todo en general, pero no de cada una de las partes, a menos de evicción de la mayor parte o de la totalidad” (Ossorio, 2008, pág. 162).

De manera que lo único que trata de hacer el acreedor es el traspaso de un derecho a un tercero para que pueda cobrar a nombre de él a otra persona.

El cedente traspasa al cesionario todos sus derechos y obligaciones en el contrato respectivo, de tal manera, que el cesionario pasa a ocupar el lugar que tenía el cedente, desapareciendo éste del contrato.

En los contratos bilaterales, puede ocurrir que una de las partes ceda a un tercero el conjunto de sus créditos que emanan del contrato, en cambio, en los contratos unilaterales, la única parte que tiene derecho a recibir la prestación, transfiriendo su derecho a otro.

Clases de cesión



ESQUEMA 6

Cesión de Créditos

En la cesión de créditos personales lo único que se pretende realizar es una convención, en la cual, un acreedor cede de forma voluntaria sus derechos a una tercera persona, que adquiere el lugar del acreedor, siendo este el autorizado para actuar en contra del deudor.

El acreedor toma el nombre de cedente, la tercera persona que adquiere el crédito es el cesionario, y el deudor contra el cual existe el crédito que es objeto del traspaso recibe el nombre de deudor cedido.

Para **ALESSANDRI Arturo**, la cesión de créditos es:

“La manera de efectuar la tradición de estos; no es el contrato generador de obligaciones; sino la manera de consumir ese contrato, la manera de operar la transferencia del dominio sobre el derecho; puede definirse según esto la cesión como el acto jurídico mediante el cual una persona transfiere o enajena un crédito a la otra” (Alessandri Rodríguez, 1976, pág. 148).

Para fortalecer lo citado, **el Código Civil Ecuatoriano en su artículo 1841**, nos menciona que:

“La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título”.

De esta forma se establece que la tradición se efectuara mediante la entrega del título, hecha por el cedente al cesionario. Este es considerado como el documento de validez entre el cedente y el cesionario.

Pero esto entre el cedente y el cesionario, ya que el deudor no tiene conocimiento del acto que se ha mediado entre estas dos personas, por lo cual, se tiene que notificar al deudor ya que este es quien va a efectuar el pago.

Para lo cual **el artículo 1842 del Código Civil**, nos menciona que:

“La cesión no surte efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor, o aceptada por éste”

Efectos de la cesión

El efecto primordial de esta clase de cesión es el traspaso del crédito al cesionario con todos sus privilegios y acciones, en las mismas condiciones que tenía el cedente.

Tal como lo expresa **el artículo 1847 del Código Civil**:

“La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente”.

Cesión de derechos de herencia

“La herencia es un derecho real que comprende la totalidad de los derechos y obligaciones transmisibles de un difunto, o una parte alícuota de ellos; se puede decir que es el patrimonio del difunto en mano de los herederos; por eso se dice que es un derecho universal, y al igual que el patrimonio, forma un todo independiente de los elementos que lo compone” (Alessandri Rodríguez, 1976, pág. 152).

De forma general, la herencia es la totalidad de los derechos y obligaciones que transfiere un difunto, por lo cual, la cesión de un derecho de herencia es el acto en virtud del cual una parte transfiere a otro los derechos que le corresponden dentro de una sucesión, como heredero o legatario, sea este a título gratuito u oneroso.

El doctrinario **OSSORIO Manuel**, sostiene que

“Cuando concrete los bienes a que se refiere, encuadra en una típica cesión de derechos, con la responsabilidad consiguiente; si no especifica bienes, el cedente solo responde de su cualidad de heredero frente al cesionario” (Ossorio, 2008, pág. 162).

Quien traspasa los derechos de herencia no transmite su calidad de heredero, sino, simplemente, el interés que le asiste en la sucesión del causante. Se debe entender así mismo, que cuando se habla de sucesión no es en el sentido estrictamente de proceso sino se extiende al momento en que el causante fallece.

Cabe señalar que la cesión de derechos de herencia, debe tratarse, únicamente, sobre los derechos hereditarios o sobre la asignación singular.

Cesión de los derechos litigiosos

Los derechos litigiosos son aquellos que son objeto de una discusión judicial o aquellos que se debaten ante un juzgado de lo civil.

El Código Civil nos dice en su artículo 1852 que *“se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del cual no se hace responsable el cedente”*.

En tal sentido se entiende como un derecho litigioso al objeto que se reclama por la vía judicial al momento de contestar la demanda.

En efecto la cesión que se utilizaría en un contrato de promesa de compraventa es la cesión de créditos personales, por el alcance que tiene esta en la legislación ecuatoriana, la cual se someterá a lo establecido en el artículo 1841 del Código Civil, en la cual se establece que la cesión se realizara mediante la entrega de la cosa y la notificación respectiva al deudor de la elaboración de este acto jurídico.

El crédito surgido de la promesa unilateral, como también el contrato de promesa bilateral puede ser cedido, a menos que en el contrato se hubiere prohibido su cesión, y aun en ese supuesto seguirían siéndolo, si se demuestra que la otra parte no tiene interés en dicha limitación o que su interés es insignificante. Esa transferencia puede ocurrir, y ello es frecuente, en el momento mismo de la celebración del contrato prometido.

LA CESIÓN DE DERECHOS EN EL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA

Dentro de un contrato de promesa de compraventa se puede llegar a efectuar una cesión de derechos siempre y cuando exista la voluntad mutua de las partes que intervienen dentro del mismo o a menos que en el contrato se hubiera prohibido su cesión.

AGUILAR CARBAJAL Leopoldo, sobre este tema señala que:

“Para apreciar los problemas que suscita la cesión de los derechos de las partes en el contrato de promesa, debemos distinguir según se trate de promesas uni o bilaterales. Cuando se trata de promesa unilateral el problema es sencillo, puesto que solo el promitente se obliga y nacen derechos para el beneficiario, ya que éste no contrae ninguna obligación; entonces es posible que ceda sus derechos a un tercero... pero cuando se trata de una promesa bilateral, como el cedente también tendrá obligaciones, se necesita la voluntad del contratante” (Aguilar, 1977, pág. 74).

De esta manera se puede distinguir que entre la promesa unilateral y bilateral existe una gran diferencia ya que en la una se puede ceder de forma sencilla los derechos a un tercero en cambio que en la otra se necesita de la voluntad mutua de las dos partes para poder ceder los derechos. Pero siempre y cuando exista el crédito personal, que según **ABELIUK Rene**, *“el crédito que consiste en el derecho a exigir el otorgamiento del contrato definitivo es, en principio, sensible... tratándose de la promesa bilateral y respecto a la obligación de otorgar el contrato prometido, ya que ambas partes son recíprocamente acreedoras y deudoras en la misma obligación, por lo que no resulta posible ceder una calidad sin la otra que le va unida. Ha sido muy frecuente que la cesión de promesa se efectuó entre nosotros, cediendo el promitente comprador sus derechos a un tercero, y notificado al promitente vendedor. Esto resulta perfecto respecto al crédito del promitente comprador, pero en cuanto a su obligación de otorgar el contrato prometido, vendría a ser una delegación imperfecta”* (Abeliuk R. , 1983, pág. 75).

En conclusión, podemos decir que la cesión de derechos puede ser aplicable en los contratos de promesa de compraventa siempre y cuando exista una voluntad mutua de las dos partes que intervienen en la celebración de esta obligación.

FINALIDAD DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA

El contrato de promesa de compraventa es una figura jurídica que a mi criterio aún tiene falencias, por cuanto nuestra legislación no enfoca de manera concreta sus efectos jurídicos

respecto de los contratantes, a pesar de que en la práctica es un contrato de uso común en nuestra sociedad.

De hecho su finalidad consiste en la preparación del camino para la celebración del contrato definitivo, en otras palabras es garantizar al prominente comprador como al prominente vendedor la materialización del contrato de compraventa.

Como se dijo anteriormente, nuestra legislación al referirse a esta figura jurídica lo hace de manera general, muy poco por decirlo así, basta solo pensar que en otros países esta institución es considerada como un contrato más de los que se determinan en sus respectivas legislaciones como la Mexicana, la Francesa, la Colombiana, etc., teniendo una estructura legal adecuada tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo para poder solucionar las dificultades que presente el uso de este tipo de contratos.

Razón un tanto apropiada para decir que a nuestro Código Civil Ecuatoriano consumido hace falta incorporar nuevas disposiciones legales en materia de contratos de promesa de compraventa que ayude a tener un conocimiento más amplio sobre esta figura jurídica y a solucionar los problemas que se desprenden de la utilización del mismo.

De tal manera que no parece prudente mantener estas discusiones bizantinas. Lo que se debería hacer es cortar el nudo gordiano, y tener una ley que ampare actuaciones de magistrados, jueces y funcionarios públicos, razón más que suficiente para decir que una reforma al Código Civil ayudaría a dar un ropaje más real sobre este contrato que es importante para las negociaciones que realizan a diario los ecuatorianos.

De manera que lo expresado anteriormente hace que no deba extrañarnos la presencia de fallos dando las más variadas soluciones sobre promesas de contrato.

Pareciendo que una solución, aunque sea la más básica, se encuentra definitivamente asentada y tienen cierto carácter inamovible, vienen otra, sobre materia solo en apariencia matizada, que echa por tierra el edificio levantado con esfuerzo, y de nuevo a empezar.

Produciéndose estas desventajas por la carencia de una verdadera doctrina y más que todo falta de una estructura legal pertinente, que ayude a la elaboración de verdaderos fallos bajo la aplicación de normas legales adecuadas.

PROPUESTA

Por todo lo expuesto, en razón del tema que se ha investigado y de la problemática observada respecto de la Promesa de Compraventa, me permito hacer algunas observaciones:

- 1) Que todo contrato de promesa de compraventa deba ser inscrito en el correspondiente registro de la propiedad del respectivo cantón en el cual se encuentra el bien que es objeto de esta obligación, esto para que quede como constancia de que existe un contrato sobre un bien y de esta manera evitar que estafadores prometan vender el mismo bien dos o más veces a diferentes personas.

De manera que el Registro de la Propiedad acoja a la promesa de compraventa como un gravamen, que prohíba la celebración de varios contratos de la misma índole; y,

- 2) También creo conveniente que la multa que se establece en la cláusula penal es muy inferior para tratar de proteger la celebración del contrato definitivo, cabe reconocer que esta multa no se hace en cuanto a la ley ya que esta no nos determina un mínimo ni un máximo al cual debe apegarse esta cláusula, razón por la cual esta multa es establecida en base a la costumbre y no a la ley.

Lo fundamental sería que en vez de fijar un porcentaje acorde al valor de la negociación por concepto de multa se imponga una multa que esté regida por la ley en razón de la cuantía de dicha obligación, de manera que si alguna de las partes desiste o incumple en la realización del contrato definitivo tendría que pagar ya no la multa en base a lo que determina la costumbre sino una multa establecida en razón de la cuantía.

Tratando de esta manera de proteger el objeto fundamental del contrato de promesa de compraventa que es la celebración del contrato de compraventa.

Por esta razón creo conveniente que para llegar a materializarse mis observaciones expuestas en líneas anteriores es fundamental y más que todo esencial en el ejercicio de la profesión que se establezca una reforma al Código Civil apegado a la realidad y a la necesidad de los abogados que muchas veces cométenos varios errores en cuanto a los contratos de promesa de compraventa. Errores que son cometidos no por la inobservancia del profesional del derecho sino por una mala estructuración y reglamentación legal de la promesa de compraventa.

CONCLUSIONES

Del estudio del contrato de promesa de compraventa, materia del presente trabajo de titulación, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- El contrato de promesa de compraventa se encuentra establecido en el Código Civil, pero no se establece una definición exacta de esta, solo se señala varias circunstancias que se debe cumplir para que sea válida.
- En lo referente a la definición del contrato de promesa de compraventa debo manifestar que lo principal en la promesa es que las partes quedan obligadas a otorgar en una época posterior el contrato futuro, de manera que tiene como propósito señalar que es un compromiso en el cual existen dos partes que se comprometen de forma voluntaria a celebrar en el futuro un contrato definitivo que en este caso sería un contrato de compraventa.
- El contrato de promesa de compraventa para que tenga un carácter obligatorio debe cumplir con todos los requisitos que establece la ley para este tipo de contrato, teniendo que ser eficaz y valido, de tal manera que, para casos de incumplimiento se pueda forzar su obligatoriedad por la vía judicial, transformándose la promesa de celebrar un contrato en una fuente de la obligación.
- El contrato de promesa de compraventa tiene como efecto propio crear una obligación de hacer, el cual es la de celebrar el contrato definitivo y que si no lo hace la parte incumplidora deberá ser condenada al pago de daños y perjuicios ocasionados por dicha obligación.
- La promesa de compraventa de bienes inmuebles, se ha generado su uso en los últimos tiempos, normalmente este contrato se utiliza cuando el promitente

comprador no cuenta con la totalidad del valor del inmueble, por lo cual abona una parte de este valor al celebrar el contrato de promesa de compraventa y se establece un plazo para cancelar el saldo adeudado, tiempo en el cual se suscribe el contrato de compraventa, para este caso si el promitente comprador cuenta con el valor total del bien no tendría lógica celebrar la promesa de compraventa. Otra circunstancia que se ha generado para la utilización del contrato de promesa de compraventa, es cuando el promitente vendedor no puede firmar la escritura de compraventa porque el inmueble mantiene una hipoteca o prohibición de enajenar que limite su dominio, algún requisito que retrase o impida la construcción del inmueble, o cualquier otra circunstancia que evite la suscripción del contrato de compraventa, por lo tanto para asegurar la tradición del inmueble, se celebra la promesa de compraventa.

- En la legislación ecuatoriana se establece a la promesa de compraventa como un contrato, el mismo que goza de elementos esenciales, naturales y accidentales que lo identifican y lo distinguen de otros actos jurídicos y contratos, pero no se profundiza respecto a este tipo de contratos.
- En caso de existir incumplimiento del contrato de promesa de compraventa la parte afectada tendrá dos alternativas para demandar este incumplimiento: mediante la vía ordinaria ya que la legislación ecuatoriana no determina un trámite especial en el caso de incumplimiento de dicha obligación y la vía ejecutiva cuando la obligación sea exigible, de plazo vencido y el documento sea reconocido como título ejecutivo.
- La cláusula penal dentro del contrato de promesa de compraventa es para asegurar el cumplimiento de una obligación estipulada en el mismo, de manera que esta cláusula cumple con varias funciones que son una regulación contractual de los efectos del incumplimiento de la obligación, medición anticipada de los perjuicios, sanción económica por el incumplimiento y el proteger el cumplimiento de la obligación. Cabe indicar que esta cláusula es accesorio lo cual no resulta indispensable para la validez del contrato de promesa de compraventa.

- En el contrato de promesa de compraventa existen dos partes que intervienen en la celebración de esta obligación los mismos que son el promitente vendedor y el promitente comprador, sobre los cuales recae derecho y obligaciones.

- El contrato de promesa de compraventa tiene como finalidad preparar el camino para la celebración del contrato definitivo, en otras palabras es garantizar al promitente comprador como al promitente vendedor la materialización del contrato de compraventa.

RECOMENDACIONES

- El contrato de promesa de compraventa necesita una estructura y reglamentación legal apegada a la realidad y a la necesidad de los ecuatorianos que muchas veces cométenos varios errores en cuanto a esta clase de obligaciones.
- Es necesario determinar que el artículo 1570 del Código Civil debe ser sustituido por un título completo que trate sobre el contrato de promesa de compraventa en el sentido más amplio, tratando de esta manera de facilitar un mejor conocimiento en base a este contrato, que podría ser integrado mediante una reforma al Código Civil, ubicándolo en el Libro IV, Título XXII de este cuerpo legal previo a la compraventa extrayéndole del Título XII, que trata sobre los efectos de las obligaciones.
- Resulta necesario establecer dentro del texto del Código Civil una definición al contrato de promesa de compraventa en forma clara y precisa. También es evidente la necesidad de establecer una normativa y estructura propia e independiente, con el fin de que este tipo de contratos no estén subordinados a las disposiciones generales de los contratos, ni a las normas de la compraventa.
- Sobre la forma de cómo debe realizarse el contrato de promesa de compraventa es mediante escritura pública ante un notario que de fe sobre la celebración de esta obligación, esto para que contrato surta los efectos legales pertinentes y más que todo en caso de incumplimiento se pueda seguir una acción judicial en contra de la parte que incumple este tipo de contrato.
- En cuanto a la cláusula penal se recomienda que el porcentaje que se establece en esta se la realice de una forma elevada de manera que obligue a las partes al cumplimiento del contrato de promesa de compraventa, ya que de esta manera se trataría de proteger el objeto fundamental de esta obligación que es llegar a celebrar el contrato definitivo.

- Se recomienda también como parte esencial que el Código Civil establezca que la promesa de compraventa de inmuebles se la inscriba en Registro de la Propiedad para que de esta manera evitar que embaucadores prometan vender el mismo bien cuantas veces lo pudieran hacer.

- Que se adjunte como requisito fundamental para la celebración del contrato de promesa de compraventa el certificado de gravámenes sobre el bien que es objeto de la promesa, esto para garantizar que en ese bien no existe una promesa de compraventa celebrada con otra persona y así certificar que en ese bien no hay ninguna observación.

ANEXOS

ANEXO 1



LA REFORMA REGULARÍA PROMESAS DE COMPRAVENTA

El proyecto de reforma al Código Civil presentada por Andrés Páez (ID), se trató por primera vez ayer en la Asamblea. Esta reforma busca regular los contratos de promesa de compraventa.

El informe para este primer debate fue elaborado por la Comisión de Justicia. Ahí se afirma que la utilidad económica y jurídica del contrato de promesa es amplia. Además señala que los postulados del código responden a su época de creación, por lo que debería ser reformado.

Durante el debate intervinieron varios asambleístas.

Mauro Andino (AP) indicó que, en el actual Código Civil, la promesa de compraventa es general; no precisa que se trata de bienes inmuebles. Estos instrumentos legales, según Andino, no generan seguridad jurídica. *"A veces un mismo vendedor -asegura- realiza varias promesas de compraventa"* por lo que en el certificado de gravámenes debe constar que un bien inmueble tiene una promesa.

Rolando Panchana (AP) se mostró en contra de esta reforma y señaló que *"convierte al contrato de promesa de compraventa en accesorio, lo que sería un retroceso jurídico"*. El asambleísta aseguró

que la promesa no puede significar, de ninguna manera, transferencia de dominio de una propiedad.

Vicente Taiano (ex Prian) estuvo de acuerdo con Panchana y planteó que "*en la reforma existen aspectos que pueden hacer daño*". Cuestionó cuál sería la validez de una promesa de compraventa y de cuánto duraría la prohibición para la venta del bien. Además planteó la necesidad de una reforma integral al Código Civil.

Frente a estas intervenciones, Andrés Páez consideró que no hay normativa suficiente respecto al tema del contrato de promesa de compraventa por lo que es necesaria la reforma. Además aclaró que se debe plantear un plazo claro para el cumplimiento del contrato y así garantizar que la parte que se mantiene firme en el negocio pueda reclamar que se lleve a cabo lo pactado.

Fernando Vélez (ex PSP) considera que la reforma es innecesaria pues actualmente, de forma voluntaria, se puede inscribir un contrato de promesa de compraventa en el Registro de Propiedad. Esta obligación no limita el dominio.

La reforma regresará a la Comisión de Justicia en donde se analizará los argumentos de los asambleístas y posteriormente irá a segundo debate. (MJGD)

ANEXO 2



COMISIÓN DE JUSTICIA Y CATEDRÁTICOS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTIAGO DE GUAYAQUIL ANALIZAN REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

Escrito por Sala de Prensa Miércoles, 03 de Julio de 2013 15:46



La Comisión de Justicia y Estructura del Estado, presidida por el asambleísta Mauro Andino Reinoso, prosiguió el trabajo orientado a preparar el informe para segundo debate del proyecto de reformas al Código Civil y de Procedimiento Civil relativo al contrato de promesa de compraventa. Esta vez escuchó, mediante videoconferencia, desde la Casa Legislativa de Guayaquil, a los doctores Rafael Brigante Guerra y Xavier Aguirre Valdez, catedráticos de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

La propuesta establece que la promesa es un contrato que viabiliza la celebración de otro u otros convenios en el futuro, aún en forma sucesiva, cuando fuere del caso. Es aplicable a convenios civiles, mercantiles, mineros, administrativos, laborales, de mediación, arbitraje, innominados y atípicos, cuando en ellos no esté prohibida la promesa o ésta sea incompatible con su naturaleza.

Los jurisconsultos coincidieron en señalar que es un tema delicado, por lo que es muy importante definir con claridad lo que es el contrato de promesa y las obligaciones que se asumen el momento se suscribir ese documento.

Rafael Brigante sugirió que el contrato de promesa es un compromiso de compra venta y por consiguiente los bienes muebles e inmuebles no pueden ser objeto de promesa, de ello solo son susceptibles los hechos.

Igualmente, sostuvo que el contrato de promesa no se puede convertir en el contrato definitivo, al tiempo que expresó que no se puede aceptar promesas de tipo verbal, que éstas deben ser siempre por escrito.

A su vez, el doctor Xavier Aguirre Valdez expresó que es necesario determinar en la normativa los alcances de esta figura jurídica que no tiene otro objetivo que lograr que se cumpla lo ofrecido.

Por último, sostuvo que no es conveniente determinar que el contrato de promesa se convierta en contrato definitivo en caso de incumplimiento, considerando que en el primero no se incluyen las especificidades de, por ejemplo, un bien a adquirirse, sino únicamente términos generales y en consecuencia sería inaplicable.

ANEXO 3

Diario Impreso, portadas de hoy



eltiempo.com.ec

[Quiénes somos](#) | [Contactos](#) | [Ediciones Anteriores](#) | [Blogs](#)

Google™ Búsqueda personal **BUSCAR**

Cuenca, miércoles 31 de julio de 2013

REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL PASARON PRIMER DEBATE

Dos posiciones marcaron el debate de reformas al Código Civil y Código de Procedimiento Civil, referente a los contratos de promesa de compraventa.

FECHA DE PUBLICACIÓN: 2013-03-13 00:00

Mientras algunos legisladores creen en la celebración de un contrato de promesa que garantice el contrato principal a futuro; otros legisladores creen que si bien existen falencias en la práctica profesional sobre esta temática, se debería hacer una reforma integral al Código Civil para lograr una mejor legislación y no destruir esta institución que es una posibilidad de compra entre las partes, como es la promesa.

El legislador Rolando Panchana (PAÍS) señaló que la promesa no puede significar de ninguna manera transferencia de dominio de una propiedad, al tiempo de sostener que la reforma convierte al contrato de promesa de compraventa en un accesorio, lo cual constituiría un retroceso jurídico.

El parlamentario Vicente Taiano indicó que en lugar de hacer reformas parches al Código Civil se debería realizar una reforma integral a este cuerpo normativo. En el proyecto de reformas existen dudas en la inscripción de un contrato de promesa de compraventa, por ejemplo hasta cuándo demora la prohibición, por lo que pidió a la Comisión que realice un estudio más profundo.

Insuficiencia normativa

Entre tanto, Andrés Páez, autor del proyecto, expresó que existe una insuficiencia normativa en torno al contrato de compraventa en la vida jurídica del país, tomando en cuenta el uso frecuente que tiene este contrato y porque tiene que ver con el patrimonio de las personas.

Dijo que es importante hacer una mejor definición de lo que es el contrato de promesa de compraventa para que no termine siendo obsoleta y que tenga la suficiente amplitud para alcanzar a un sinnúmero de otras figuras que son parte integrante de las promesas de compraventa en general. Pidió hacer precisiones en el cuerpo legal como el plazo y la condición del contrato. (VDS)

ANEXO 4

EL TIEMPO.COM

Miércoles 31 de julio de 2013

LA PROMESA DE COMPRAVENTA, EL VERDADERO PUNTO DE PARTIDA

Qué es una promesa de compraventa?, cuál es la diferencia con el contrato?, qué requisitos hay que tener en cuenta al comprar vivienda?... Tome nota y recuerde cuáles son los pasos más importantes durante el proceso.

La separación del inmueble Cuando se toma la decisión de adquirir un inmueble, el primer paso es su separación, que generalmente se materializa con un recibo de pago.

Las arras Sin embargo, si aún no se ha firmado la promesa de compraventa cualquiera de las partes puede desistir de la compra sin que deba reconocer las arras; es decir, la indemnización por el perjuicio de incumplimiento.

Pero, qué es la promesa de compraventa? Básicamente, es un contrato por el cual las partes se obligan mutuamente a celebrar, posteriormente y con todos los requisitos legales, un contrato de compraventa. Se realiza, por ejemplo, cuando el pago se efectúa en cuotas, para determinar las fechas de dichos plazos.

Su validez ante la Ley La ley reconoce la trascendencia de este documento imponiendo requisitos de validez en el artículo 89 de la Ley 153/87: 1. Que la promesa conste por escrito.

2. Que el contrato al que la promesa se refiere no incluya personas incapaces; es decir, deben ser mayores de edad, no tener disipación o demencia, en fin no estar incapacitadas mentalmente al momento de celebrar el contrato.

3. Que la promesa contenga los plazos y las condiciones fijas de la época en que ha de celebrarse el contrato, así como la notaría donde se suscribirá la escritura de venta.
4. Que se realice de tal forma que al perfeccionarlo sólo falte la tradición (historia de los propietarios) o las formalidades legales.

Adicionalmente está el contenido básico del documento; es decir, pautas sencillas que de todas formas vale la pena recordar (ver recuadro).

CUAL ES EL CONTENIDO BÁSICO? - Identificación de las partes: nombre, identificación, domicilio, estado civil.

- Descripción del inmueble: nomenclatura, matrícula inmobiliaria, cédula catastral, parte física, linderos, dependencia. Así como qué se promete en venta como cuerpo cierto.

- Cláusula de propiedad horizontal: sujeta a dos regímenes, la Ley 182/48 y 116/85 y el decreto reglamentario 1365/86.

- Cláusula de saneamiento, donde se estipula que está libre de embargos, es decir sin ningún inconveniente y si tiene hipoteca de mayor extensión y no fue cancelada por la constructora entonces prorrata genera intereses y no es saneada a tiempo, terminan embargando el inmueble.

- Precio y forma de pago, incluir las obligaciones del comprador ante la entidad que financia, si éste es el caso y qué sucede si la entidad niega el crédito; así como el monto de las arras y sus respectivos intereses moratorios.

Publicación eltiempo.com

Sección Otros

Fecha de publicación 19 de septiembre de 1998

Autor: NULLVALUE

ANEXO 5



<http://www.cre.com.ec/>

11 marzo, 2013 | 10:20

Reformas al Código Civil y a la Ley del Sistema Nacional de Archivo, a debate en el Pleno de la Asamblea

Quito (CRE).-

Para las 10h00, de este martes, quedó convocado el Pleno de la Asamblea Nacional para tratar en primer debate los proyectos de reformas al Código Civil y de Procedimiento Civil y a la Ley del Sistema Nacional de Archivo.

El debate del proyecto, que modifica los códigos Civil y de Procedimiento Civil tiene, entre otros objetivos, regular los contratos de promesa de compraventa, se realizará sobre la base del informe de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, en el que se afirma que la utilidad económica y jurídica del contrato de promesa es amplia.

Esto, puesto que en la actualidad la vida social y económica continuamente nos presenta circunstancias en las cuales no es deseable o posible la celebración de un determinado contrato principal, pero se requiere la celebración de un contrato de promesa que garantice el contrato principal a futuro.

Este tipo de contratos es definido como un instrumento jurídico que permite preparar y asegurar situaciones jurídicas que comprometen a las partes la formalización o ejecución de un contrato posterior y tiene como objetivo asegurar que las partes se obliguen a establecer un contrato definitivo a futuro.

En el informe se recuerda que el artículo 1570 del Código Civil, regula la institución de los contratos de promesa de modo general y pueden aplicarse a cualquier contrato como puede ser a un mutuo, compraventa, arrendamiento, entre otros.

También se resalta que los postulados del Código Civil responden a su época de creación, por lo que resulta indispensable una reforma integral a las principales instituciones de dicho cuerpo normativo, a fin de adecuarlo a nuestra Constitución y a las necesidades actuales.

En lo que tiene que ver a la promesa de compraventa la única norma existente del Código Civil contiene deficiencias técnicas y resulta escueta y anacrónica, razón por la que se hace necesario adecuar la regulación legal de dicha institución a las necesidades actuales, a fin de que los postulados puedan contar con una normativa específica sobre el tema que les brinde seguridad jurídica.

Con respecto al proyecto de reformas a la Ley del Sistema Nacional de Archivo, que está en vigencia desde 1982, la Comisión de Justicia y Estructura del Estado considera importante dictar las normas para que guarde concordancia con la nueva Constitución.

En la Carta Política se determina que el Sistema Nacional de Cultura tiene como finalidades salvaguardar el patrimonio cultural, en el que constan los documentos, objetos, colecciones, archivos y bibliotecas.

La reforma modifica la estructura orgánica del sistema nacional de archivos, sin mantener concordancia con las normas constitucionales y además no considera que el Decreto Ejecutivo 986, suprimió el sistema nacional de archivos como institución, por lo que la reforma no tiene viabilidad jurídica al pretender reformar la estructura de un sistema inexistente, según el informe.

La Comisión señala que el proyecto de Ley de Cultura ya desarrolla el sistema nacional de cultura, que contempla dentro de su estructura el sistema nacional de cultura y en éste el Instituto Nacional de Bibliotecas y Archivos en concordancia con la norma constitucional, por lo que emitió informe negativo.

Fuente: Asamblea Nacional

ANEXO 6



NOTARIOS DEBEN REGIRSE A LISTA DE ARANCELES

25 MAYO, 2011

Para inscribir una escritura de promesa de compra venta, por una casa que cuesta 90.000 dólares, el usuario tendrá que pagar alrededor de 200 dólares, según datos de la Notaría Segunda del cantón Cuenca.

Y para hacer la escritura de la venta de una casa, el valor se calcula según el avalúo del Municipio, se indicó.

Según datos de la Notaría Décimo Primero, si quiero hacer una escritura de promesa de compra venta por una casa que cuesta 90.000 dólares, le cobra al usuario 270 dólares más IVA, y si es una escritura de venta, también se indicó que depende del avalúo catastral de la vivienda.

Si el avalúo catastral es de 60.000 dólares, la Notaria Suplente calculo que el usuario debe pagar unos 660 dólares aproximadamente, más 120 dólares sumando el IVA por el costo mismo del servicio.

Según René Durán, presidente del Colegio de Notarios del Azuay, los cobros que deben hacer este tipo de profesionales están regidos por los Aranceles Notariales aprobados por el Consejo Nacional de la Judicatura, y que fue publicada en el Registro Oficial 178 en septiembre de 2007.

Sin embargo aclaró, que hay pequeño rubro establecido en gastos generales, para cubrir costos del funcionamiento de oficinas, de personal, entre otros, de hasta el 10% más del valor de la escritura.

Una promesa de compra venta y arrendamiento de inmuebles, se establece según la cuantía del bien.

Por ejemplo, si cuesta de 1 a 1.000 dólares, deben cobrar veinte dólares; de 1.001 dólares a 5.000 dólares, 35 dólares; de 5.001 dólares a 10.000 dólares, cincuenta dólares; de 10.001 dólares a 30.000 dólares, 75 dólares; de 30.001 a 60.000 dólares, 100 dólares; y de 60.001 en adelante, el 2 por 1.000 de la cuantía, con un límite de 1.000 dólares.

Estos valores también rigen para las escrituras de transferencia de dominio.

En el otorgamiento de escrituras públicas de constitución de hipotecas con determinación de cuantía, los notarios percibirán el 50% de los valores establecidos anteriormente.

Para el otorgamiento de escrituras públicas de constitución de hipoteca abierta, la cuantía se determinará en base del avalúo comercial constante en el catastro municipal, y el arancel se cobrará de acuerdo a la regla mencionada anteriormente.

Otros servicios.

Cabe indicar, que en este documento también constan los valores a cobrar por escrituras de vivienda con finalidad social; Constitución de Sociedades de Responsabilidad Limitada, constitución de Sociedades Anónimas, Aumento de capital y reforma de estatutos, Actos y contratos de cuantía indeterminada en el sector privado, entre otros.

Según el presidente del Colegio de Notarios, todos los valores de estos servicios por Ley deben ir ubicados en forma visible en las Notarías para que los usuarios puedan ver los valores que deben pagar.

Sin embargo, al hacer recorridos por varias notarias pudimos observar que no cumplen con esta disposición.

También explicó que en caso de incumplimiento, el Notario puede ser incluso destituido de su cargo, según el Código Orgánico de la Función Judicial.

ANEXO 7



<http://www.radiosucrer.com.ec>

INFORME FAVORABLE DEL PROYECTO DE REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL

Política

Escrito por Administrador

Viernes, 23 de Noviembre de 2012 14:15

La Comisión de Justicia y Estructura del Estado, ha presentado un informe favorable sobre el proyecto de Ley Reformatoria al Código Civil y Código de Procedimiento Civil, que regula el contrato de promesa de compraventa.

Este contrato de promesa de compraventa debe contener el acuerdo sobre los elementos esenciales que formarán parte del contrato futuro definitivo; se realizará por escrito en todos los casos, y por escritura pública cuando la normativa determine tal requisito para la validez del documento principal.

Con la finalidad exclusiva de evitar eventuales perjuicios, las y los Registradores de la Propiedad y Registradores Mercantiles, según correspondan, inscribirán las promesas de compraventa y harán constar tal inscripción en los certificados de gravámenes que emitan. Esta inscripción será requisito de validez de estos contratos.

La normativa, iniciativa del legislador Andrés Páez (ID), determina además que la condición debe ser física y legalmente posible; y, cumplirse literalmente, en la forma convenida.

El contrato de promesa de compraventa contendrá una condición o un plazo para su cumplimiento, así como el plazo para celebrar el contrato principal. En los casos que el plazo esté concebido en términos vagos u oscuros, el juez competente, mediante un ejercicio de interpretación podrá señalarlo. Y, en los casos que se haya omitido el plazo, el juez competente lo determinará, bajo las siguientes reglas:

Si el objeto de contrato de promesa de compraventa recae sobre bienes muebles, el plazo para el cumplimiento de la obligación será de tres meses, contados desde la fecha de celebración del mismo; si recae sobre inmuebles, el plazo será de seis meses, señala la propuesta.

ANEXO 8



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

Quito, 6 de octubre del 2009.

OFICIO: No. 073-APB-2009-AH



Trámite: 76.02

Código validación: HPQ18L7U8

Tipo de documento: MEMORANDO INTERNO

Fecha recepción: 07-OCT-2009 13:12

Numeral del documento: 073-APB-2009-AH

Fecha envío: 06-OCT-2009

Remitente: PÁEZ ANDRÉS

Razón social:

Proveer el estado de su legislación:

<http://tramites.asambleanacional.gob.ec>
<http://www.asambleanacional.gob.ec>

Arquitecto

Fernando Cordero

PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Presente.

gg foye,

De mi consideración:

Conforme lo establece el Art. 134 de la Constitución de la República en concordancia con el Art. 55 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, presento el Proyecto de Ley Reformatoria al Código Civil, Código de Procedimiento Civil y Código Penal, referente al contrato de Promesa de Compra Venta, a fin de que se sirva dar el trámite correspondiente.

Atentamente,

Dr. Andrés Páez Benalcázar

ASAMBLEÍSTA POR LA PROVINCIA DE PICHINCHA-ID





REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

**FIRMAS DE RESPALDO AL PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL
CÓDIGO CIVIL, CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y CÓDIGO PENAL,
REFERENTE AL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRA VENTA.**

Juan Carlos Lopez V.

Fernando Vélez

Necesades. Villacres.

FRANCISCO CESAREROS RUIZ

PATRIGIO QUEVEDO Q.

Quade Guzmán

Loordes Tibán

Diana Abamint



CONSIDERANDO

Que, el Art. 1570 del Código Civil, referente al contrato de promesa de celebrar contrato no produce obligación alguna, salvo concurran ciertos requisitos, establecidos de manera taxativa, sin embargo en la práctica, las promesas de compraventa de inmuebles que no se las celebra por escritura pública, le coloca al promitente comprador en clara desventaja del promitente vendedor, porque estas son resueltas con una demanda de nulidad de contrato, hecho que afecta la equidad y buena fe de los contratantes.

Que, el escaso tratamiento legislativo establecido en el Código Civil, ha hecho que se discuta largamente sobre cada uno de los requisitos que establece el Art. 1570 del Código Civil, sin embargo no se ha dado solución a la realidad actual en el comercio de los bienes, pues ya que se ha limitado a que el contrato de promesa sea únicamente celebrado por escrito y no de manera consensual.

Que, en la actualidad por el costo notarial que implica celebrar una escritura de promesa de compra de inmuebles, ya que se debe pagar al notario sobre el precio real del contrato, los promitentes contratantes optan por celebrar contratos por instrumento privado, documento que de acuerdo a las normas vigentes no tienen validez alguna.

Que, es necesario contar con una legislación adecuada y actualizada, respecto del contrato de promesa, de bienes muebles e inmuebles que se encuentran en el comercio humano.

La Asamblea Nacional, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales expide lo siguiente:

REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL

Art. 1, en el Art. 237, del Código Civil, agréguese el siguiente inciso:



“Exceptuase, la promesa para ser cumplida después del divorcio, la donación revocable y la venta forzada de bienes de cualquiera de los cónyuges”.

Art. 2.- Suprímase el Art. 1570, y sustitúyase por el siguiente Título:

DEL CONTRATO DE PROMESA

Parágrafo 1º

De disposiciones generales

Art. ... La promesa es un contrato que viabiliza la celebración de otro u otros convenios en el futuro, aún en forma sucesiva, cuando fuere el caso.

Es aplicable a convenios civiles, mercantiles, mineros, administrativos, laborales, de mediación, arbitraje, innominados y atípicos, cuando en ellos no esté prohibida la promesa o ésta sea incompatible con su naturaleza, por lo que se excluye los actos de familia. No requiere de las formalidades propias del contrato prometido. No genera obligaciones reales, a menos que expresamente así estipulen las partes o determine la ley.

Art. ... La nave nacional matriculada en una Capitanía de Puerto, la aeronave inscrita en el Registro Nacional de Aeronaves y el automotor matriculado en las Jefaturas o Subjefaturas de Transito podrán ser objeto de promesa sujeto a lo establecido en este título.

Art. ... El bien objeto del contrato prometido puede soportar, al momento de celebrar la promesa, las medidas de: secuestro, embargo, prohibición de enajenar, inscripción de demanda u otras medidas cautelares o de ejecución con tal que conste en el contrato de promesa. El que omitiere dar aviso del gravamen existente responderá por el delito de estafa y por los daños y perjuicios que cause a la otra parte y a terceros.



El propietario del bien prometido para la celebración del contrato definitivo está en la obligación de levantar el impedimento para su enajenación.

Art. ... Las normas de este título, en lo que mira al interés privado, son supletorias de la voluntad expresamente manifestada por las partes, en el contrato de promesa.

Parágrafo 2º

De la inscripción

Art. ... La promesa de contrato de compraventa, permuta, donación u de otro título traslativo de dominio sobre inmuebles, naves, aeronaves o bienes muebles sujetos a registro, otorgadas mediante escritura pública o instrumento privado, deben inscribirse en el respectivo registro, aun cuando al tiempo de celebración del contrato existan gravámenes o impedimentos sobre dichos bienes.

La inscripción se efectuará dentro del plazo de treinta días de otorgado el instrumento público o privado.

Art. ... La inscripción de la promesa produce los siguientes efectos jurídicos:

- a.- Las inscripciones posteriores de medidas de ejecución o cautelares o de título traslativos de dominio no surtirán ningún efecto si se cumple el contrato prometido. El registro no podrá exceder más de dos años cuando se trate de inmuebles y un año tratándose de bienes muebles, a menos que exista modificación expresa.
- b.- La inscripción de un contrato de promesa, no afectará a los derechos de terceros constituidos con anterioridad a la inscripción.



c.- Si cualquiera de las partes se resistiere a cumplir con la promesa, y no hubiere impedimento legal que contrarié la enajenación, el juez mediante sentencia dispondrá que se tenga como contrato definitivo a aquella promesa, ordenando además su inscripción en el registro respectivo.

d.- Si la promesa fuera de realizar la partición, el juez la tramitará desde la fase que hubiere quedado firme por acuerdo de las partes.

Los acuerdos de las partes o las resoluciones judiciales previstas en este artículo serán inoponible a terceros. A petición de parte, el juez podrá disponer se cita a terceros, haciendo conocer la petición presentada.

Sin embargo el tercero perjudicado, podrá impugnar la decisión judicial en juicio ordinario, y el juez que conozca la causa podrá fijar una caución por los resultados del juicio.

Parágrafo 3º

De la época de celebración del contrato definitivo

Art. ... El contrato de promesa establecerá un plazo o condición que fije la época de celebración del contrato definitivo. A falta de esta estipulación, se observara las reglas siguientes:

1.- Si el objeto del contrato definido recae sobre un bien mueble, sobre acciones, participaciones en compañías, la época empezará a correr tres meses después desde la fecha de celebración de la promesa.

2.- Si el objeto es un derecho real sobre inmueble, sucesión hereditaria, nave o aeronave, el plazo empezará a correr seis meses después desde la fecha de celebración de la promesa.



3.- Si transcurrido los plazos de iniciación de la época señalados en las reglas anteriores, subsistiera un gravamen que impida la celebración del contrato definitivo y posteriormente el gravamen desapareciera, el contrato debe celebrarse en un plazo máximo de veinte días desde que se tuviera noticia de tal liberación.

4.- En cualquiera de los casos anteriores, en el último mes de expiración del plazo, la parte que mantuviera interés en la celebración del contrato definitivo requerirá a la otra parte, por medio de un notario o juez.

Cualquiera de estas autoridades dispondrá que se tome nota del requerimiento en el registro respectivo.

Parágrafo 4º

De los efectos de la promesa

El contrato de promesa surte los siguientes efectos jurídicos:

- a.- La promesa consensual sobre muebles, pero quien invoca debe probar su existencia, de acuerdo a las normas generales.
- b.- La promesa escrita genera obligaciones para las partes; pero en caso de impugnación, quien la presenta debe probar su autenticidad.
- c.- La promesa celebrada por escritura pública, en un contrato donde se encuentran la cláusula del plazo de cumplimiento de la obligación, permite que el juez disponga su cumplimiento aun en el caso de renuncia de la otra parte.
- d.- Si en el contrato de promesa se establece una condición indeterminada como plazo, cualquiera de las partes podrá requerir a la otra parte la celebración del contrato definitivo. La parte requerida podrá solicitar que se difiera para otra fecha, pero lo determinará



El peticionario podrá a su arbitrio desistir de la promesa, si fuera pertinente, en caso de desistir de la celebración del contrato definitivo podrá reclamar la indemnización de daños y perjuicios, sin perjuicio de las prestaciones mutuas.

e.- La promesa que celebre un cónyuge con respecto a bienes gananciales o un comunero sobre derechos que tuviere sobre un bien indiviso, no afectará a los derechos del otro cónyuge o comunero.

f.- La promesa que celebren los cónyuges entre sí tienen validez, si la ejecución del contrato principal surte efectos legales luego de la inscripción del divorcio en el Registro Civil.

g.- Salvo estipulación en contrario, si la promesa recayera sobre derechos y acciones que se radiquen en un inmueble y posteriormente mediante la partición se determina el lote a que corresponde esos derechos y acciones, la inscripción en el Registro de la Propiedad se concretará únicamente al cuerpo cierto establecido.

h.- En el contrato de promesa cabe estipulación de pacto comisorio calificado, si una de las partes no cumple con una o más obligaciones contraídas, se resuelve ipso facto el contrato; el contratante perjudicado podrá reclamar daños y perjuicios y el pago de prestaciones mutuas.

i.- Las partes contratantes están obligadas a cumplir con las obligaciones estipuladas, sin embargo, pueden contratar con arras promisorias, penitenciales o de retractación.

j.- Dentro de los treinta días posteriores al vencimiento del plazo convencional que tenían las partes para celebrar el contrato definitivo, cualquiera de ellas podrá requerir judicialmente a la otra de que se celebre el contrato definitivo. El juez señalará un plazo perentorio para dicho efecto, vencido este último plazo y si las partes guardaran silencio



por treinta días más, cualquiera de ellas podrá invocar la caducidad de la promesa y solicitar el pago de prestaciones mutuas.

Caducado el plazo establecido en la promesa y el concedido por el juez, las partes no pueden demandar el cumplimiento ni la resolución del contrato, pero si las prestaciones mutuas.

k.- Cuando la promesa sea declarada judicialmente o se haya caducado, las partes procederán a las restituciones mutuas, con los intereses legales, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios que tiene derecho a reclamar de la parte que haya cumplido las obligaciones contractuales.

Las obligaciones derivadas de la promesa son de cargo del contratante, sin que pueda obligar al otro cónyuge, comunero, o por quien haya intervenido estipulando a favor de un tercero. Para el contrato definitivo debe obtenerse el consentimiento o autorización que el contrato requiera.

m.- En caso de que la parte interesada en celebrar el contrato definitivo levante a su costa los gravámenes, tendrá derecho a que se le reintegre el ciento por ciento del valor, más un veinte por ciento de cargo, valor que podrá ser imputado a las obligaciones contraídas.

Parágrafo 5º

De los efectos de la promesa en un contrato inmobiliario

Art. ... La promesa de un contrato traslativo de dominio de derechos reales sobre un inmueble o nave, valdrá como contrato definitivo, una vez fenecido el plazo convencional estipulado por las partes para suscribir el contrato definitivo, bajo estas condiciones:



- a.- Que se hubiera otorgado por escritura pública y se halle inscrita en el Registro de la Propiedad;
- b.- Que en la promesa conste consentimiento recíproco de las partes con la facultad de disponer y con las autorizaciones que la ley exija;
- c.- Que se hubiera estipulado en la promesa que, si vencido el plazo y no se hubiere suscrito la escritura definitiva, el contrato de promesa se tendrá como contrato definitivo;
- d.- Que se encuentre individualizado o identificado, el inmueble o nave;
- e.- Que se encuentre pagado el precio en la forma estipulada en la promesa;
- f.- Que el bien inmueble o nave no este con prohibición de enajenar o embargado con anterioridad a la inscripción de la promesa;
- h.- Que se realice una declaración juramentada por escritura pública, en la que conste que, la otra parte no ha cumplido con el contrato dentro del plazo estipulado. Esta declaración se inscribirá en el registro de la propiedad; e,
- i.- Que se encuentre pagado los impuestos que gravan a la transferencia de dominio.

Parágrafo 6º

De los impuestos que gravan a la promesa

Art. ... Para la inscripción de la promesa sobre inmuebles, naves y aeronaves, se pagaran los impuestos de registro, en su totalidad, mientras que los impuestos de alcabalas y sus adicionales se pagaran el 10% de lo que correspondería pagar si el contrato fuere definitivo, mientras que el 90% se pagará al celebrar la escritura definitiva del contrato principal o



cuando se protocolice la sentencia que resuelva el cumplimiento de la promesa, o al momento que la promesa se convierta en contrato definitivo.

REFORMAS A LA CODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Art. 2.- Suprímase el inciso cuarto. Del art. 166 del Código de Procedimiento Civil.

Art. 3.- A continuación de la Sección 23°, del Título II del libro 2° del Código de Procedimiento Civil, agréguese, la siguiente sección.

SECCIÓN

De las controversias del contrato de promesa

Art. ... Cuando una parte invoque la existencia de una promesa consensual y la otra lo niegue en todo o en parte, se sustanciará en juicio ordinario.

Art. ... La controversia sobre una promesa que conste por escrito se sustanciará en juicio ejecutivo, con las excepciones que se determina en esta sección.

Pero si la cuantía de la promesa es inferior a cinco mil dólares, se sustanciará mediante el procedimiento establecido en el Art. 407 de este Código.

Art. ... Cuando la promesa sea de un contrato claramente específico, que conste por escritura pública, la parte que opte por el cumplimiento, acudirá con su demanda ante el juez competente, quien, luego de calificarla, dispondrá que se cite a la otra parte en el lugar que hubiera fijado en el contrato, domicilio o fuero concurrente, concediéndole seis días para que conteste a dicha demanda.

Con la contestación o en rebeldía, señalará día y hora para la audiencia de juzgamiento, a la cual las partes deberán concurrir con sus pruebas.



Si alguna de las partes solicitará alguna prueba que no puede actuarse ese momento, como una inspección judicial, ésta se efectuará en el término máximo de quince días.

En la audiencia de juzgamiento, el juez procurará el advenimiento entre las partes. Sus advertencias en ningún caso pueden considerarse como anticipación de criterio. Se dejara constancia de cada una de las propuestas, las mismas que se tomarán en cuenta al momento de dictar sentencia para la condena en costas por la actuación maliciosa o temeraria de los litigantes.

El juez pronunciará sentencia en el término de cinco días siguientes a la audiencia o a la actuación de la última prueba. Condenará al pago de costas y honorario profesional a la parte renuente al cumplimiento de la promesa, sin perjuicio de la acción penal.

De la sentencia habrá recurso de apelación sólo en el efecto devolutivo, a menos que el apelante rinda caución por los perjuicios estimados en el retardo de la ejecución de la resolución. Rendida la caución, se concederá también el recurso en el efecto suspensivo. La otra parte podrá adherirse al recurso en el término de tres días de notificado con la concesión del recurso.

El superior fallará por mérito de los autos y de esta resolución se puede interponer recurso de casación, de acuerdo no ley de la materia.

Art. ... Cuando la promesa de celebrar un acto o contrato recaiga sobre inmuebles o naves, y se encuentre inscrito en el registro respectivo, la parte interesada acudirá ante el juez competente con su demanda, a la cual se acompañará la escritura y el certificado del registro. El juez calificará la demanda y de admitirle a trámite, dispondrá que se cite al demandado.



A solicitud de parte, el juez dispondrá se cite a terceros, en el lugar que se señale y que se publique por la prensa en el cantón donde se encuentra inscrito el inmueble o nave, un aviso haciendo conocer de la demanda presentada y advirtiéndole que va a pronunciar sentencia en el término de seis días desde la fecha de citación. En la resolución ordenará que la promesa se tenga como contrato definitivo, retrotrayendo sus efectos a la fecha de inscripción en el registro.

Contra esta sentencia habrá recurso de apelación, que se lo concederá solo en el efecto devolutivo. Contra el fallo que dicte el superior se podrá interponer recurso de casación.

El tercero que se considere perjudicado podrá reclamar en juicio ordinario, el juez que conozca fijará una caución por los resultados del juicio.

Art. ... Para que un contrato de promesa valga como contrato definitivo, el interesado declarará bajo juramento ante el notario, de que no obstante del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, la otra parte se niega a celebrar el contrato definitivo. Se tomara nota de esta escritura al margen de la promesa, y se inscribirá en el registro de la propiedad.

Art. ... Para resolver las demás controversias que se susciten entre las partes, se sujetarán a las normas del juicio verbal sumario.

ANEXO 9

MODELO DE UN CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA CON CLAUSULA PENAL COMPENSATORIA

SEÑOR NOTARIO:

Sírvase elevar a escritura pública, la promesa de compraventa, que se registrará por las siguientes cláusulas:

PRIMERA: COMPARECIENTES.- comparecen a celebrar la presente promesa de compraventa, por una parte y en calidad de promitente vendedor la señor SANTIAGO ANDRÉS LEGUISAMO MALDONADO, soltero, por sus propios derechos y como Gerente General y representante legal de la ASOCIACIÓN EN CUENTAS DE PARTICIPACIÓN CONSTRUCTORA POMIES LEGUISAMO; por otra parte en calidad de promitente comprador el señor DIEGO RUBÉN ENDARA ECHEVERRÍA, soltero, por sus propios derechos.

SEGUNDA: ANTECEDENTES.- a) los cónyuges, JORGE POMIES y señora MARÍA VERÓNICA TAPIA ALBUJA, y el señor SANTIAGO ANDRÉS LEGUISAMO MALDONADO, son propietarios bajo el régimen de propiedad horizontal del departamento número CERO B UNO, la bodega número nueve, parqueadero número nueve y bodega nueve veinte y uno del condominio ALCAZABA DEL LAGO, ubicado en el recinto SAME, de la parroquia Tonchigue, cantón Atacames, provincia de Esmeraldas, inmueble que lo adquirieron por permuta a los cónyuges Jairo Armando Burbano Regalado y Lady Yolanda Argoti Zambrano, según escritura pública celebrada el dieciséis de junio del dos mil cinco, ante el Doctor Héctor Vallejo, Notario Sexto del cantón Quito, inscrita legalmente en el Registro de la Propiedad del cantón Atacames el treinta y uno de agosto del dos mil cinco. b) Con fecha veinte y siete de agosto del dos mil, ante el Doctor Gustavo García Banderas, Notario vigésimo tercero interino del cantón Quito se elevó a escritura pública la declaratoria de propiedad horizontal.

TERCERA: PROMESA DE COMPRAVENTA.- los promitentes vendedores prometen vender al promitente comprador, el departamento número CERO B UNO, la bodega número nueve,

parqueadero número nueve y bodega número veinte y uno del condominio ALCAZABA DEL LAGO, especificado en la cláusula de antecedentes, como cuerpo cierto. Los linderos específicos del departamento CERO B UNO, tiene las siguientes áreas: ÁREA HABITABLE: cincuenta y cinco metros cuadrados con ochenta y cinco decímetros cuadrados; ÁREA TERRAZA: diecisiete metros cuadrados con cuarenta decímetros cuadrados, ubicación planta primera, nivel más uno punto treinta y cinco. La implantación del departamento CERO A tres, en descripción, teniendo como referencia el HITO SAME, cuyas coordenadas son: uno cero cero nueve cuatro nueve cero dos punto tres dos longitud norte. Seis dos cero seis seis cinco punto cinco uno longitud este, estará determinada de la siguiente manera: Partiendo desde el hito A cuyas coordenadas son: seis dos cero cinco cinco cuatro punto cero cuatro latitud norte. Uno cero cero nueve cuatro seis uno nueve punto nueve cuatro longitud este, gira un ángulo de cincuenta y cinco, a quince grados en dirección este, recorres una distancia de dos metros dos centímetros hasta llegar al punto B que linda con la jardinería comunal, desde este punto y siguiendo la misma dirección recorres una distancia de dos metros cincuenta centímetros hasta llegar al punto C, segmento que colinda con el depósito de gas de los departamentos: B UNO, DOS B UNO, TRES C UNO, CERO A DOS y el propio, desde este punto siguiendo la misma dirección recorre cinco metros cincuenta centímetros hasta llegar al punto D, segmento este que colinda con la jardinería comunal, donde gira un ángulo de noventa grados en dirección sureste y con una distancia de seis metros llega hasta el punto E, segmento este que colinda con el balcón del propio departamento, donde gira noventa grados en dirección sureste y recorre una distancia de un metro treinta y cinco centímetros hasta llegar al punto F, segmento este que linda con la jardinería comunal, desde este punto gira noventa grados en dirección noreste y recorre una distancia de diez centímetros hasta llegar al punto G, desde este punto gira noventa grados en dirección sureste y con una distancia de tres metros ochenta y dos centímetros llega hasta el punto H, segmento este que linda con el balcón del departamento Cero A Dos, desde este punto y siguiendo la misma dirección recorre tres metros sesenta y tres centímetros hasta llegar al punto I, segmento este que linda con el área habitable del departamento Cero A Dos, desde este punto gira noventa grados en dirección noreste y recorre una distancia de un metro sesenta y cinco centímetros hasta llegar al punto J, desde este punto gira noventa grados en dirección sureste y recorre una distancia de ocho centímetros hasta llegar al punto K, segmentos estos que lindan con la bodega número veinte y uno, desde este punto gira noventa grados en dirección noreste y recorre una distancia de un metro veinte centímetros hasta el punto L, desde este punto gira un ángulo de noventa grados en dirección sureste y recorre una distancia de un metro quince centímetros hasta llegar al punto M, segmentos estos que lindan con el acceso desde las gradas comunales, desde este punto gira un ángulo de noventa en dirección noreste y recorre una distancia de tres metros cinco centímetros hasta llegar al punto de partida A, segmento este que linda con la jardinería comunal. El área del balcón de este departamento, se

inicia en el punto D, desde el cual en dirección noreste recorre dos metros noventa centímetros hasta llegar al punto Uno, segmento que colinda con la jardinería comunal, desde este punto gira con un ángulo de noventa grados y recorre una distancia de seis metros hasta llegar al punto Dos, segmento que colinda con las jardinerías comunales y el acceso a la propia terraza, desde este punto gira noventa grados en dirección sureste y con una distancia de dos metros noventa centímetros, luego en noventa grados en dirección noreste una distancia de seis metros hasta llegar al punto de partida D, segmento este que colinda con el área habitable con el departamento en descripción. El departamento CERO B UNO colinda en su parte superior con el departamento UNO B UNO en el nivel más cuatro punto veinte; y, en la parte inferior con la bodega diez, trece, quince, diecisiete, dieciocho, diecinueve, veinte, el cuarto de bombas de cisterna y piscina y un corredor comunal del subsuelo en el nivel menos dos punto treinta y cinco. Las fachadas del condominio conformadas por todas las paredes exteriores del departamento son de propiedad comunal. La alícuota del departamento número CERO B UNO es de tres punto seis uno dos por ciento; la bodega número nueve y el parqueadero cubierto número nueve con una alícuota del cero punto tres siete cuatro por ciento; y, bodega número veinte y uno con una alícuota del cero punto cero cuatro uno por ciento del condominio ALCAZABA DEL LAGO. Además todos los bienes muebles que se encuentran en el interior de este departamento y que se detallan en el anexo adjunto. Por su parte, el promitente comprador promete comprar a los promitentes vendedores el bien inmueble indicado y los bienes muebles detallados.

CUARTA: PRECIO.- Las partes se han fijado como justo precio de venta de este inmueble, en la cantidad de CINCUENTA MIL DÓLARES, valor que cancelará el promitente comprador de la siguiente manera: CINCO MIL DÓLARES, con cheque a cobrarse el veintiséis de junio del dos mil seis; y, el saldo restante el cuatro de julio del dos mil seis.

QUINTA: SANEAMIENTO.- Los promitentes vendedores manifiestan que sobre el bien inmueble que prometen en venta, pesa un gravamen hipotecario a favor de la ASOCIACIÓN EN CUENTAS DE PARTICIPACIÓN CONSTRUCTORA POMIES LEGUISAMO, por el valor de veintitrés mil cuatrocientos cincuenta dólares, comprometiéndose a la fecha de celebración de las escrituras definitivas traslativas de dominio a tener cancelado esta hipoteca, sin embargo se someten al saneamiento por evicción de conformidad con la Ley.

SEXTA: PLAZO.- Los comparecientes se han fijado como plazo máximo para la celebración de las escrituras definitivas traslaticias de dominio, noventa días a contarse de la suscripción de la presente escritura de promesa de compraventa.

SÉPTIMA: CLAUSULA PENAL COMPENSATORIA.- Si por algún motivo o circunstancia alguna de las partes desistiera de la celebración de las escrituras definitivas de compraventa o incumpliere cualquiera de las estipulaciones contenidas en el presente contrato de promesa de compraventa, por mutuo acuerdo entre las partes, pagará a la otra por concepto de indemnización de perjuicios una multa de DIEZ MIL DÓLARES AMERICANOS, sin perjuicio de la devolución de las prestaciones realizadas.

OCTAVA: DOMICILIO.- Los comparecientes renuncian domicilio y en caso de controversia legal se someterán al Centro de Mediación y Arbitraje del Colegio de Abogados de Pichincha, para que la controversia sea resuelta mediante laudo arbitral.

NOVENA: GASTOS.- los gastos que conlleve esta promesa de compraventa correrá de cuenta del promitente comprador, al igual que las escrituras definitivas traslaticias de dominio, a excepción de la plusvalía y cancelación de hipoteca que lo pagaran los vendedores.

Usted, señor notario, se servirá agregar las demás formalidades de estilo para la plena validez de este instrumento público.

Dr. Klever Zambonino B.

ABOGADO

MAT. No. 88 del C. de Abg. De Latacunga

BIBLIOGRAFÍA

- Abeliuk, R. (1971). *El Contrato de Prpmesa*. Santiago de Chile: López-Viancos.
- Abeliuk, R. (1983). Santiago de Chile: Lorez-Vianco.
- Aguilar Carbajal, L. (1977). *Contratos Civiles*. México: Porrúa.
- Aguilar, L. (1977).
- Alessandri Rodríguez, A. (1976). *De los Contratos*. Santiago de Chile: Zamorano y Caperán.
- Alessandri Rodríguez, A. (2003). *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Arnau Moya, F. (2009). *Lecciones de Derecho Civil II, Obligaciones y Contratos*. España: Universitat Jaume.
- Bello, A. (1890). *Obras completas de Don Andrés Bello*. Santiago de Chile: Pedro G. Ramírez.
- Bonivento Jiménez, J. (1989). *La Promesa de Compraventa de Bienes Inmuebles*. Bogotá.
- Carvajal, B. (2007). *Práctica Notarial y Registral*. Ecuador: Edilex S.A.
- Corral Talciani, H. (2009). La cláusula penal en la resolución del contrato. *Estudios jurídicos en homenaje a Pablo Rodríguez Grez*, 8.
- Degni, F. (1957). *La Compraventa*. Madrid: Revista de Derecho privado.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. (2003).
- Enciclopedia Juridica Omeba*. (1967). Buenos Aires: Bibliográfica.
- Fueyo Laneri, F. (1964). *Los Contratos en Particular*. Santiago de Chile: Universo.

- Fueyo Laneri, F. (1986). *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Lima: Lito. Universo S.A.
- Fueyo, F. (1963). *"Derecho Civil" Los contratos en particular, y demas fuentes de las obligaciones*. Santiago de Chile: Lito. Universo S.A.
- Gherzi, C. A. (1998). *Contratos Civiles y Comerciales*. Buenos Aires: Astrea.
- Gherzi, C. A. (2010). *Tratados de los Contratos Civiles, Comerciales, Laborales, Administrativos y de Consumo*. Buenos-Aires: La Ley.
- <http://definicion.de/contrato/#ixzz2W95Gnl00>. (2008). Recuperado el 02 de Septiembre de 2013
- Larrea Holguín, J. (2001). *Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Lasarte Álvarez, C. (2007). *Cursos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Tecnos.
- Leal Pérez, H. (1989). *Contrato de compraventa*. Colombia: Librería doctrinaria y ley.
- López de Zavalía, F. (2000). *Teoría de los Contratos*. Buenos Aires: Zabala.
- Messineo, F. (1962). *Contratto Preliminare*. Milan: CICU.
- Meza Barros, R. (1976). *Manual de Derecho Civil de las Fuentes de las Obligaciones*. Santiago de Chile: Jurídica.
- Moreano Chacón, A. (2008). *Código Civil Latinoamericano*. Quito: Gráficas Beltrán.
- Ossorio, M. (2008). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Guatemala: Datasean S.A.
- Oviedo Albán, J. (2003). Apuntes sobre el Contrato Bilateral de Promesa en el Derecho Privado Colombiano. *Universitas*, 56.
- Pérez, L. (s.f.). *Curso de Contratos Civiles*.

Real Academia Española,. (2003). Recuperado el lunes 30 de septiembre de 2013, de
Diccionario de la Lengua Española-vigésima segunada edición: <http://www.rae.es/>

Recaséns, L. (1946). *El Contrato: su ubicación en el derecho y su fuerza de obligar*. México:
Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia.

Rocha Díaz, S. (1974). *El Contrato de Promesa*. México: Revista Judicial.

Sánchez Medal, R. (2004). *De los Contratos Civiles*. México: Porrúa.

Toro Zuluaga, C. (1986). *Promesa de Contrato*. Medellín: Señal editora.

Videla Escalada, F. (1971). *El Consentimiento sus Términos*. Buenos Aires: Víctor Zavalia.